

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LYESSA EGGERS DELGADO

**POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DO CREDOR PARA EXTENSÃO DOS
EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS DEMAIS EMPRESAS
PERTENCENTES AO GRUPO ECONÔMICO**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LYESSA EGGERS DELGADO

**POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DO CREDOR PARA EXTENSÃO DOS
EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS DEMAIS EMPRESAS
PERTENCENTES AO GRUPO ECONÔMICO**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer.

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos, em primeiro lugar aos meus pais. As pessoas que me apoiaram em todos os momentos da minha vida, e forneceram as mais fortes bases educacionais que me permitiram chegar aonde estou, sempre com prontas palavras motivacionais e apoio incondicional.

Aos meus irmãos, ao Murilo, e à minha família como um todo, por sempre me apoiarem e estarem ao meu lado celebrando todas as minhas conquistas.

Ao meu orientador, Professor Dr. Edson Isfer, pelos ensinamentos passados, tanto em sala de aula como fora dela, bem como por aceitar me orientar na elaboração dessa monografia.

E por fim, aos meus amigos, aqueles que conheci no ambiente universitário, os quais vivenciaram de perto cada etapa que culminou nesse momento, bem como aqueles que encontrei durante as várias etapas da vida, os quais sempre me incentivaram, mesmo de longe, cada um ao seu modo.

RESUMO

As evoluções das estruturas sociais e econômicas contribuem para a evolução dos modos de organizações societárias. Com o advento da globalização, surgem os chamados grupo econômicos. Essa modalidade de organização plurissocietária, apesar de ter reconhecida a sua importância, não recebeu o tratamento jurídico que merecia. A lei das Sociedades Anônimas, 6.404/76, de fato representou um avanço ao reservar um capítulo inteiro aos agrupamentos de sociedades. Entretanto, foi omissa em diversos outros aspectos. Do mesmo modo a lei falimentar 11.101 de 2005 representou um grande avanço com a inclusão do Instituto da Recuperação Judicial. Entretanto também foi omissa no que se refere aos grandes grupos empresariais. A fim de suprimir a lacuna sobre a possibilidade jurídica dos grupos econômicos ingressarem como um todo com um pedido de recuperação judicial, a jurisprudência tem expressado entendimento favorável à formação de litisconsórcio ativo do grupo econômico. Após analisarmos as benesses desse deferimento de litisconsórcio ativo para as empresas integrantes do grupo, também analisamos os problemas que essa inclusão pode acarretar para os credores. Esses não possuem autorização legal para decidir pela inclusão das demais empresas, no caso de requerimento desta pelo grupo econômico. Entretanto, entendemos que nada impede esses credores de requererem a extensão dos efeitos da recuperação judicial de um devedor às demais empresas que constituem grupo econômico com ela, em sede de votação do plano de recuperação judicial.

Palavras-chave: Grupos Societários; Grupos econômicos; Litisconsórcio Ativo na recuperação judicial; extensão dos efeitos da recuperação judicial;

ABSTRACT

Social and economic evolutions contribute to the evolution of societal organizations. With the globalization advent, the so-called economic groups emerge. This type of multi- employer organization, despite of having its importance recognized, did not receive the legal treatment It deserved. Anonymous society Act, nº 6.404/76, actually represented an advanced in reserving a whole chapter to the society groupings. However, it was silent in others respects. Likewise, the Bankruptcy Act 11.101 from 2005, represented a big step forward with the inclusion of the Institute of Judicial Recovery. However, it was also silent when it comes to large business groups. In order to close the gap about the legal possibility of economic groups in a whole joining with a request for a judicial recovery, the jurisprudence has expressed a favorable opinion on the formation of active membership of the economic group. After analyzing the benefits of this deferral of active membership fo companies of the economic group, we also analyze the problems that this inclusion may have for the creditors. They have no legal authority to decide for the inclusion of the other companies, in case it's requested by the economic group. However, we understand that nothing prevents these creditors from requesting the extension of the effects of the judicial recovery of a debtor to the other companies that are part of the same economic group, in a voting for the judicial recovery plan.

Keywords: Societal groups; Economic groups; Active joinder in the judicial recovery; extension of the effects of judicial recovery.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. GRUPOS ECONÔMICOS	9
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS	9
2.2. CONCEITUAÇÃO DE GRUPOS SOCIETÁRIOS	12
2.3. GRUPOS SOCIETÁRIOS NA LEI 6.404/76:.....	15
2.4. GRUPO DE DIREITO	22
2.5. GRUPO DE FATO	25
3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS GRUPOS ECONÔMICOS	29
3.1. CONCEITUAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO	29
3.2. RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.	30
3.3. RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS NAS LEGISLAÇÕES ESPARSAS.....	38
3.4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS	40
4. LEGITIMIDADE PARA REQUERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	51
4.1. DA NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO JUDICIAL DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	57
4.2. DO LITISCONSÓCIO ATIVO DOS GRUPOS ECONÔMICOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.	60
4.2.1. Jurisprudência e entendimentos recentes sobre a possibilidade de litisconsórcio ativo de grupos econômicos na recuperação judicial.	61
5. EXTENSÃO DE EFEITOS E POSSIBILIDADES JURÍDICAS: INTERESSE JURÍDICO	70
5.1. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA OS CREDITORES	70
5.2. CONSEQUÊNCIAS PARA OS CREDITORES DA INCLUSÃO DO GRUPO ECONÔMICO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	76
5.3. A POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DO CREDOR PARA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS DEMAIS EMPRESAS DO GRUPO ECONÔMICO	81
6. CONCLUSÃO.....	87
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1. INTRODUÇÃO

Analisando-se as diferentes estruturas societárias durante a história, percebe-se que elas nada mais são do que reflexos dos aspectos econômicos e sociais de cada época. Assim, a sociedade atual, globalizada, tem como característica o rompimento das barreiras comerciais, com a unificação dos mercados. Como reação à essa revolução, desenvolvem-se os chamados grupos societários, também recebendo a denominação de grupos econômicos.

Os grupos econômicos são uma forma concentracionista de organização empresarial, os quais, reduzindo os custos e riscos, e aumentando a produção, servem bem à economia globalizada.

Assim como as estruturas societárias modificam-se rapidamente com a evolução histórica, deveria ocorrer conseqüentemente a evolução normativa, jurídica, acerca dessa organização. Ocorre que essa evolução jurídica não tem acompanhado as rápidas alterações econômico sociais, havendo poucas regulações mundiais sobre os grupos societários já existentes.

O direito brasileiro, pela lei das Sociedades Anônimas - Lei nº 6.404/76- trouxe um capítulo inteiramente dedicado aos grupos de sociedades. Entretanto, a regulação não foi suficiente para suprir as necessidades de mercado. Nada previu a lei sobre o regime de responsabilização que teriam as sociedades integrantes do grupo econômico, deixando esse papel para o aplicador de direito. Como consequência óbvia, a doutrina e a jurisprudência não chegam há um consenso, eis que não é uma questão de fácil análise. Demonstraremos, nesse trabalho, através de uma breve análise jurisprudencial, quais são os remédios jurisdicionais que têm sido aplicados a fim de responsabilizar as sociedades integrantes do grupo econômico, bem como as principais correntes doutrinárias acerca do assunto.

Tarefa árdua da doutrina e jurisprudência também é necessária pelas lacunas legislativas deixadas acerca da nova estrutura societária também na Lei falimentar 11.101/2005. O problema aqui é a possibilidade de os grupos societários ingressarem com um único pedido de recuperação judicial, em conjunto, para todas as participantes do grupo. Com uma análise jurisprudencial demonstraremos que já está

consolidado o entendimento de que é possível esse requerimento conjunto, desde que este assuma a forma de litisconsórcio ativo, instituto emprestado do Código de Processo Civil.

O problema não para aí. Uma vez consolidada a possibilidade, abre-se espaço para o questionamento de inúmeras consequências desse deferimento. Pretendemos analisar uma em particular neste trabalho: a participação do credor no processo de concessão desse litisconsórcio ativo.

Demonstraremos que os maiores interessados no processo de recuperação judicial, e, conseqüentemente, os maiores afetados pela inclusão ou não de um grupo econômico no polo ativo da recuperação são exatamente os seus credores. Em alguns aspectos, essa inclusão pode ser benéfica a eles, entretanto em outros aspectos poderá não ser. Desse modo, nada mais justo que os credores deliberarem sobre ela. O que se pretende nesse trabalho, então, é tentar encontrar uma resposta à seguinte pergunta: é possível que os credores requeiram, de algum modo, a extensão dos efeitos da recuperação judicial às demais empresas integrantes do grupo econômico?

2. GRUPOS ECONÔMICOS

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

A figura da empresa exerce papel fundamental no universo econômico há muitos séculos. O momento primordial para compreensão de sua evolução se dá na Idade Média, após as invasões bárbaras ao Império Romano, as quais contribuíram para um posterior desenvolvimento dos centros comerciais. A atividade empresarial, nesse momento, era exercitada de forma individual e por pequenos empresários e comerciantes singulares, retratando assim um universo econômico artesanal, mercantil, concorrencial e atomístico.¹ Sendo uma atividade isolada de um empresário individual, era este o único a suportar os riscos inerentes à sua atuação.

Paralelamente, a regulação comercial era realizada pelos próprios comerciantes. Estes criavam corporações a fim de ditar normas e julgar conflitos inerentes à atividade. Assim, o *ius mercatorum* era um direito corporativo e consuetudinário, baseado nos costumes dos comerciantes.²

No final do século XVIII e início do século XIX, o aumento substancial na produção, resultado da 1ª e 2ª Revolução Industrial, altera a estrutura econômico e social, e, conseqüentemente, o cenário empresarial. Isso porque o direito comercial, desde sua origem, esteve intimamente relacionado com as estruturas econômicas e sociais. A evolução dessa realidade reflete conseqüentemente em uma evolução do modelo comercial.³

A produção em larga escala, resultando em altos rendimentos aos grandes empreendimentos, acabou aniquilando a figura do comerciante individual. Do capitalismo concorrencial atomístico das pequenas empresas, passou-se ao concentracionismo das grandes poucas empresas. Deste modo, passa-se da empresa individual para a sociedade empresarial. Explica José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes:

¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P 32.

² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25

³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 51.

O sistema económico então emergente trazia consigo novas exigências para o exercício da actividade empresarial – de natureza financeira (reunião massiva de capitais e de activos patrimoniais), organizativa (gestão profissionalizada e força laboral) e legal (limitação de risco, estabilidade) – a que o figurino da empresa em nome individual não podia manifestamente corresponder, e que apenas o instituto mais elaborado e complexo da sociedade comercial poderia satisfazer.⁴

Aspecto essencial desse concentracionismo é a concorrência, a qual acirra ainda mais a luta pela produção menos custosa e mais efetiva. Nesse contexto fortalecem-se, como forma contributiva à Revolução Industrial, as Sociedades Anônimas, criadas no século XVI e XVII, nos períodos de colonização, como mecanismo de concentração dos capitais exigidos para um bom empreendimento. Era o instrumento jurídico essencial que fornecia a estrutura necessária para atender às necessidades da economia industrial, a qual seria justamente a mobilização de elevadas somas de capital.

Ademais, a fim de proteger a atividade empresarial, cria-se a figura da pessoa jurídica, separando a pessoa jurídica sociedade de seus sócios, de modo que haveria uma proteção aos últimos, que não mais suportariam em sua totalidade os riscos inerentes ao negócio.

Explica Munhoz que “a personificação da sociedade surge, nesse contexto, como a técnica que permitiu separar o ente coletivo de seus respectivos membros, transformando-o num sujeito autônomo de direitos e obrigações, com estruturas patrimonial e organizacional independentes, voltado à consecução de um interesse próprio.”⁵

Esse sistema econômico e social manteve-se no século XX. Entretanto houve uma grande aceleração com o que se chamou de terceira Revolução Industrial- a globalização. A globalização rompeu as barreiras comerciais, e com isso unificaram-se os mercados.

Como ensina José Antunes Engrácia:

⁴ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 04.

⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 68.

As características distintivas deste novo sistema económico – internacionalização e interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre, revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial do volume das transacções comerciais e financeiras, progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional – tornariam progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria a dar lugar à formação de grupos de sociedades.

Esse processo de complexização começou com um crescimento interno das sociedades comerciais. Isto quer dizer, utiliza-se a sociedade de sua própria capacidade financeira e técnica para permitir a expansão interna. Seriam as fusões e incorporações. Crescimento este que encontra, porém, limitação financeira e organizacional. A expansão interna atingi uma certa dimensão em que seu gigantismo não permite mais uma gestão eficiente.⁶

Alcançado o ápice do crescimento interno, procuram-se estratégias de crescimento para fora da própria estrutura societária. Deste modo, a expansão continua externamente. Empresas pequenas começam a criar vínculos econômicos com empresas de grande porte concentradoras de capital, a fim de manterem sua atividade empresarial no mercado. Da mesma forma, sociedades parceiras firmam acordos de fornecimento e investimento, a fim de se apoiarem e conjuntamente crescerem. Surgem aí, a figura dos grupos societários.

Assim, nas palavras de Eduardo S. Munhoz, “a evolução da realidade econômica, fez surgir outras formas de organização da atividade empresarial, assumindo especial relevo o fenômeno dos grupos”.⁷

O sistema jurídico empresarial passa de um direito comercial individual, para um direito da sociedade comercial e por último, o direito dos grupos societários, em construção. Como sustenta Fábio Konder Comparato:

É com o grupo de sociedades que o direito empresarial inicia a terceira das fases históricas de seu desenvolvimento, sendo a primeira a do comerciante individual, dotado de um estatuto próprio, destacando-se do sujeito de direito comum; a segunda a da multiplicação das sociedades comerciais, com a vulgarização da sociedade anônima no século XIX como forma de instrumento de captação do investimento popular; e a terceira o universo das multinacionais, das holdings, joint ventures e consórcios, formas de

⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P 40.

⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 3

associações de empresas e representantes dos atuais personagens principais do cenário empresarial.⁸

Desse modo, o grupo econômico, conforme configurado hoje, é resultado da passagem do capitalismo concorrencial para o monopolista. Enquanto o primeiro caracteriza-se por várias empresas de menor porte, controladas pelo mercado, a segunda se refere a empresas pequenas que se reúnem e subordinam-se ao controle de uma grande. Por conseguinte clarifica Antônio José Avelã Nunes:

O capitalismo de concorrência caracteriza-se pela existência de um grande número de pequenas empresas, cujo controle seria exercido pela mão invisível do mercado, cuja essência se encontrava na soberania do consumidor.

No entanto, a lógica da acumulação capitalista propiciou o aparecimento de um pequeno número de grandes empresas em volta das quais se subordina um grande número de pequenas empresas, cujos preços já não mais são regulados pelo consumidor, mas pela mão visível dos monopolistas.⁹

Não se tem dúvidas que hoje os grupos societários transformaram-se na principal técnica de organização da empresa. Organização essa que traz inúmeros benefícios condizentes com a nova ordem econômica do mundo globalizado.

Há a maximização da capacidade produtiva, com uma menor quantia de gastos do que se teria sem a interligação econômica entre as sociedades do grupo. Assim, a organização se fragmenta diante das diversas empresas do grupo. Mas o poder se concentra. O que sobrevém então é a descentralização produtiva, e a concentração econômica, fortalecendo ainda mais o poder das sociedades envolvidas.

2.2. CONCEITUAÇÃO DE GRUPOS SOCIETÁRIOS

A facilidade de se explicar historicamente o surgimento dos grupos econômicos, sendo eles um reflexo da estrutura econômica e social, não encontra equivalência ao se tratar da definição jurídica desse fenômeno.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. P. 8.

⁹ NUNES, Antônio José Avelãs. Uma introdução à economia política. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 178 a 195.

Apesar de concretizada a ideia de que o grupo de sociedades é uma consequência natural e inevitável do mundo econômico atual, e que, por isso, deve ser dada grande atenção à esse fenômeno, não é tão fácil achar um conceito geral que abranja toda a doutrina a respeito do assunto. Na tentativa de conceituar grupo econômico, resulta a percepção de que esse conceito é muito mais amplo e diferenciado do que parece. Isso ocorre porque um grupo societário, na prática, assume as mais variadas formas.

Assim, cumpre à doutrina e jurisprudência achar delimitações a fim de possibilitar o reconhecimento de um grupo societário. Doutrinariamente, ao se discorrer sobre grupo de sociedades pode-se falar em conceito estrito e amplo. Pelo conceito amplo, grupos de sociedades seria basicamente o conjunto de sociedades que se relacionam entre si para fins em comum. Dessarte, a doutrina majoritária aborda o conceito de grupo econômico em seu sentido estrito, convergindo, então, em dois elementos definidores: independência jurídica das sociedades integrantes, mantendo a personalidade jurídica autônoma cada sociedade integrante do grupo, e a unidade de direção econômica.

Para Modesto Carvalhosa os grupos de sociedades são um conjunto de companhias sujeitas a um controle comum, que, mediante convenção formal, visam a concentrar, sob a direção autônoma do grupo, a política de administração, os fatores de produção, o patrimônio e os resultados (lucros), mantendo cada uma das pactuantes a sua formal personalidade jurídica.¹⁰

Antunes Engrácia conceitua de modo simplificado a empresa de grupo ou multissocietária como uma nova e revolucionária forma de organização jurídica da empresa moderna, na qual uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direção económica unitária.¹¹

Ao manter a personalidade jurídica própria, a sociedade vinculada ao grupo não perde o seu interesse social e atuação próprios. Entretanto, como integrante do grupo, se encontra dependente da estratégia e interesse do todo. Isso porque “o grupo

¹⁰CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014. P. 382.

¹¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 113.

societário constitui uma unidade econômico - empresarial de segundo grau relativamente às várias sociedades individuais que o compõem”.¹²

Assim, para caracterizar-se como um grupo societário a doutrina majoritária entende que deve necessariamente haver deslocamento do poder de direção das sociedades filhas para a sociedade- mãe, a qual efetivamente exerce o poder ou controle de gestão ou administração. É nesse aspecto que pode-se falar em grupo econômico empresarial ao referir-se aos grupos societários, de modo que a atividade de direção do grupo origina a integração econômica entre as empresas.¹³

São de várias ordens as vantagens proporcionadas pela configuração de grupos. Economicamente, ao reunir em um universo econômico mais vasto, uma política comercial, financeira e administrativa comum, permanecendo cada uma com sua autonomia patrimonial, permite-se a integração vertical, entre fornecedores e adquirentes, e a integração horizontal, entre concorrentes, e empresas de diversos setores as quais se complementam, reduzindo os riscos e aumentando sua eficiência.

Também na ordem financeira benefícios são facilmente visualizados com a adoção dessa modalidade organizacional. Ela permite o controle de massas de capitais em grande escala, por meio de um investimento inicial relativamente reduzido. E também resulta em vantagens jurídicas. Na medida em que cada sociedade integrante mantém sua personalidade jurídica e patrimonial, os riscos da atividade são divididos, e separados por cada sociedade.¹⁴

Ademais, ao se unificar administrativamente e economicamente a direção, sobram-se recursos para a verdadeira finalidade dos grupos. Há também uma ativa circulação de trabalhadores entre os grupos várias vezes.

Pelo exposto, é fácil concluir que os grupos de sociedade são, hoje, a principal técnica jurídica de organização da atividade empresarial contemporânea, eis que respondem perfeitamente à necessidade trazida pela economia globalizada. Assim, de grande valia nos é, aqui, o seu estudo.

¹² ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 113.

¹³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Manual dos Grupos de Sociedades. Almedina, 2016.

¹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 131.

Para o fim do trabalho exposto, consideraremos o grupo de sociedades como conjunto de sociedades comerciais, que mantendo a personalidade jurídica própria encontram-se organizadas e subordinadas à uma direção econômica unitária.

2.3. GRUPOS SOCIETÁRIOS NA LEI 6.404/76:

Essa evolução societária como reação da evolução do modelo econômico da sociedade, no entanto, deveria ser acompanhada de uma mutação regulatória. Desde as primeiras regulações empresariais, o Direito Societário é aquele que regula as sociedades autônomas independentes e individuais. Com o advento do instituto do grupo de sociedades, o que deveria ocorrer é a evolução da legislação em torno do assunto, eis que junto com aqueles, novas problemáticas surgem. Deste modo, os conflitos de grupos requerem uma nova sistemática jurídica.

Entretanto, a reação das estruturas jurídicas a essas mudanças é muito mais lenta que a reação do mercado. Não se percebeu que a estrutura das sociedades empresariais se adaptou rapidamente à demanda do empresariado globalizado.

Hadden afirma que:

Os comercialistas continuam a escrever e raciocinar como se a sociedade individual e independente fosse a regra. Na realidade, esta sociedade deixou de constituir a mais importante forma de organização econômica já desde a década de 20 e 30.¹⁵

Com certeza as consequências desse atraso na regulação de um dos mais importantes fenômenos de organização econômica não são boas. Essa ausência de regulação, em contraste com a grande quantidade de grupos societários existente vem a criar uma grande crise sistêmica. Assim concebe-se uma lacuna muito perigosa na área jurídica.

Esta discrepância entre direito e realidade arrisca-se mesmo a criar uma importante lacuna jurídica para um sector cada vez mais importante da vida econômico- societária hodierna, arrastando consigo perigosas

¹⁵ Hadden, apud ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 44.

consequências de desregulação para todos os destinatários jurídicos-societários.¹⁶

Ademais, utilizando-se da expressão de Antunes Engrácia, “o actual Direito das Sociedades é um ramo jurídico que jaz sobre um paradoxo regulatório”.¹⁷ Isso significa dizer que o mesmo direito que regula, em suas bases, a estrutura individual societária, agora tem o dever de regular os grupos de sociedades.

Desta forma, o mesmo ramo jurídico que tão zelosa e custosamente conseguira impor na ordem jurídica o modelo da empresa unissocietária como pessoa jurídica autónoma e soberana era agora responsável pela introdução de mecanismos legais e institucionais aptos a destruir essa autonomia e a subverter essa soberania.¹⁸

No direito brasileiro, na década de 70, visando ao fortalecimento da economia brasileira perante o cenário mundial, o governo anunciou o I Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), o qual instituiu o Programa de Promoção de Grandes Empreendimentos Nacionais e convocou o empresariado brasileiro a participar de setores estratégicos do desenvolvimento. Ele se apoiava em recursos advindos do BNDE, e outros órgãos financeiros da União. Do mesmo modo, o II PND previa a consolidação de uma sociedade industrial brasileira¹⁹.

Conforme explica Carvalhosa:

Contrariando a tendência mundial de repressão às concentrações empresariais, a partir do final do século XIX (Lei Sherman e “Clayton Act”), o nosso II PND (1973-1975) estabeleceu um amplo programa de formação de conglomerados financeiro-industrial-comerciais, pois considerava tal regime concentracionista fundamental para o revigoramento das atividades empresariais do setor privado nacional. Assim seria mais fácil competir com estatais e multinacionais.

O II PND propunha o uso de soluções gerenciais modernas, em vários campos, a exemplo da formação de conglomerados no capítulo que falava da consolidação de uma economia moderna. Também tinha um capítulo sobre estratégia econômica.²⁰

¹⁶ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 104.

¹⁷ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. Pg. 22.

¹⁸ ANTUNES, José Engrácia. Ibidem.P.23 .

¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.. Saraiva, 05/2014. P. 360.

²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.. Saraiva, 05/2014. P. 360.

O plano desenvolvimentista fomentava a ideia da formação de grupos societários convencionais visando ao alinhamento de fatores de produção das empresas do grupo para a criação de uma economia de escala necessária ao surgimento da grande empresa.²¹

A implementação desse plano desenvolvimentista pelas autoridades econômicas baseou-se nos sistemas de concentração japonês (Zaibatsu) e alemão (Konzern).

A palavra Zaibatsu pode ser traduzida como círculo financeiro, e é uma forma de concentração financeiro- industrial- comercial que dominou o cenário econômico do Japão no final do século XIX, e início do século passado. Ela possui forma de estrela, e tem em seu núcleo um grande banco que financia as empresas à sua volta, controlando seu capital. A ideia principal é de uma instituição financeira, que a partir de seu poder de financiamento a favor das empresas do grupo formado, controla a acumulação e a reprodução do capital das empresas do conglomerado.²²

Do mesmo modo, o PND encontrou inspiração no Konzern alemão. O artigo 18 da Lei de 1965, da Alemanha, define o Konzern:

Se uma empresa dominante e uma ou várias empresas dependentes se encontram reunidas sob a direção única da empresa dominante, elas constituem um Konzern. Cada uma delas é empresa consorciada. Se empresas juridicamente independentes se encontram reunidas sob uma direção única, sem que uma dependa da outra, também constituem um Konzern.²³

Para Carvalhosa, do ponto de vista jurídico, konzern seria um grupo de empresas juridicamente independentes e autônomas (pessoas jurídicas) que, não obstante, obedecem a uma direção única, que se costuma chamar de gestão unitária e central.²⁴ Assim, seriam sociedades de fato ou convencionais relacionadas por meio de subordinação ou coordenação.

²¹ CARVALHOSA, Modesto. Ibidem. P. 361

²² CARVALHOSA, Modesto. Ibidem. P. 364.

²³ Lei alemã Apud ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 104.

²⁴ CARVALHOSA Modesto, Ibidem. P. 368.

O meio escolhido pelo PND, baseando-se nesses modelos concentracionistas, para a implantação desse modelo desenvolvimentista no Brasil, foi a lei das Sociedades por ações, Lei nº 6.404 de 1976.

Já em sua exposição de motivos, a lei das Sociedades por Ações, à qual nos referiremos, por vezes, nesse trabalho, como LSA, explica que regula o modelo de grupos societários em caráter experimental, a fim de colher os resultados para posterior adequação legislativa às situações não previstas por ela.

Os institutos novos para a prática brasileira - grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros - estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência; as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso.²⁵

A lei regula os vários modos concentracionistas empresariais. Esses podem ocorrer com ou sem a unificação de patrimônios e personalidade jurídica. No primeiro caso, há a figura da fusão e incorporação, que, conforme já vimos, segue uma forma de crescimento interno societário. Há, nesses casos, uma modificação da estrutura interna das sociedades. No segundo caso, são ajustes societários de coligação entre sociedades, gerando vínculos de subordinação ou coordenação, e aqui encaixa-se a disciplina dos grupos societários.

De certo modo, antes da lei, a definição de coligação entre sociedades era dispersa e complexa. A lei 6.404/76 introduziu a distinção entre coligadas, controladoras e controladas dos grupos de sociedade e consórcios. Entretanto, o Código Civil de 2002 revogou a Lei das Sociedades por Ações no que diz respeito às sociedades coligadas. A Lei das Sociedades por Ações agora apenas se aplica subsidiariamente. Às demais espécies de sociedade celebrando consórcio ou grupos, aplica-se a lei 6.404/1976.

²⁵ Exposição de Motivos. Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. 1.<Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>>

É possível, portanto, que qualquer tipo de sociedades celebre contratos de consórcios ou de participação em grupo de sociedades. Ocorrendo uma dessas espécies de junção, aplicam-se as disposições da Lei n. 6.404 de 1976, mesmo que as sociedades envolvidas não se revistam dos tipos por ela regulados.²⁶

O tema grupo de sociedades está regulado, então, pela LSA, em seu capítulo XXI. Seu conceito encontra-se no art. 265:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.²⁷

Assim, o grupo de sociedade deve ser compreendido, nos termos da LSA, como uma convenção escrita, devidamente levada ao Registro de Empresas Mercantis, pela qual as sociedades controladoras e controladas, mediante administração uniforme, obrigam-se a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividade ou empreendimentos comuns.²⁸

Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.²⁹

A lei, espelhando a corrente doutrinária majoritária, conforme demonstrado no item anterior neste trabalho, em seu art. 266 determina dois critérios essenciais para a existência de um grupo societário: O primeiro é que as sociedades integrantes são independentes econômica e juridicamente. Elas permanecem com patrimônio e

²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário II: Sociedade anônima. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. 1ª ed. P. P.315.

²⁷ BRASIL. Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. 1.<Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 23 jun. 2017.

²⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário II: Sociedade anônima. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. 1ª ed. P.327.

²⁹ BRASIL. Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Op. Cit.

personalidade jurídica própria. O segundo traço é a unidade de direção econômica das entidades integrantes. A doutrina atual parece convergir para o reconhecimento de que esta constitui o elemento central de qualquer grupo societário.³⁰

Novamente, o conceito de direção unitária também não é um conceito juridicamente perfeito e acabado. É inegável que a doutrina e a jurisprudência ainda estão incertas quanto à definição jurídica da direção unitária e, por consequência, do grupo societário como um todo.³¹ O que tenta se fazer, é delimitar os contornos universais desse conceito.

Para Engrácia, a direção unitária é o cerne jurídico econômico específico da empresa plurissocietária, que não se confunde com o aparato organizacional das empresas unissocietárias constituintes. Essa seria:

Tal direção econômica unitária reflete-se na existência de uma estratégia ou política econômica geral do grupo (“group planning process”, “Konzernpolitik”), a qual, definida pelo núcleo dirigente do grupo (situado via de regra junto da sociedade mãe: “group top- management”) incidindo potencialmente sobre os diversos aspectos sectoriais do respectivo funcionamento e assumindo diferentes graus de integração (que vão da total centralização até formas atenuadas de controlo descentralizado) coordena e superintende as atividades econômicas particulares das várias sociedades agrupadas.³²

Eduardo Secchi Munhoz complementa conceituando a direção unitária como “o exercício de um poder, mais ou menos centralizado, de definir a orientação de seus membros e de assegurar o respeito à política geral assim definida”³³, e assegura que esse deve estar presente em todos os grupos econômicos.

Jorge Lobo reduz a definição da lei em 3 requisitos: relação de subordinação, convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou participar de atividades e empreendimentos comuns, e

³⁰ Aqui podemos citar F.K. Comparato, O poder de Controle na Sociedade Anônima, Engrácia Antunes, OS grupos de Sociedades, p. 85, bem como Eduardo Secchi Munhhoz, Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 109, entre outros.

³¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 111.

³² ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 919.

³³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. P. 111.

por fim estarem submetidas a uma direção única, exercida de modo permanente, pela sociedade controladora ou de comando do grupo.³⁴

A dificuldade está, então, em unificar um conceito que abranja toda a vasta gama de relações societárias grupais, em suas diversas classificações. Para os fins aqui propostos, existem duas principais classificações para os grupos econômicos. A primeira, adveniente da lei alemã, diz respeito à relação hierárquica entre sociedades integrantes do grupo, podendo estas serem de subordinação ou coordenação.

No grupo de subordinação, existe uma relação hierárquica entre as sociedades agrupadas, ocorrendo o controle acionário de uma sociedade sobre a outra. Assim, pressupõem-se uma unidade de controle. Há uma sociedade-mãe, que necessariamente orienta a atividade empresarial das suas subordinadas. Apesar de possuir uma direção unitária, o elemento unificador é o poder de controle.

Já no grupo de coordenação, as sociedades encontram-se em posição horizontal de poder, colaborando entre si, para o fim de um objetivo em comum. Não há o controle acionário de uma sobre a outra, mas são reunidas sobre uma direção unitária do mesmo modo. O elemento unificador, é nesse caso a direção unitária. São os consócios um exemplo dessa modalidade.

Assim, a direção unitária existe tanto no grupo de subordinação como coordenação. A diferença é que nos grupos de subordinação a direção unitária é realizada de forma unilateral e exclusiva da sociedade mãe para a filha, enquanto que nos grupos de coordenação todas as sociedades intervêm no exercício dessa direção igualmente.

Antunes relembra que, qualquer que seja a natureza do grupo (de subordinação ou coordenação), a direção unitária será sempre, por definição, superior e exterior às sociedades que o integram, incluindo a sociedade mãe.³⁵

Assim, a doutrina mais bem estruturada, para Comparato³⁶, seria aquela que considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os

³⁴ LOBO, Jorge. Grupo de sociedades, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, n. 45, pp. 112-113.

³⁵ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. P. 919.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de Controle na Sociedade Anônima, 6ª edição. Forense, 10/2013. Rio de Janeiro, referência n 81.

grupos econômicos, e não a unidade de controle, a qual só ocorre no grupo econômico de subordinação, muito embora este seja, de fato, o mais importante.

A segunda classificação diz respeito à necessidade de convenção escrita comprovando a relação de grupo, podendo, nesse caso, serem de fato ou direito. É a essa classificação que nos ateremos agora.

2.4. GRUPO DE DIREITO

Nosso direito utiliza a classificação dualista contratual, que diz respeito à existência ou não de convenção registrada, podendo o grupo ser de fato ou de direito.

[...] o Projeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto, reguladas neste capítulo; b) sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro do Comércio, passam a constituir grupo societário, com disciplina própria, prevista no capítulo XXI.³⁷

A lei 6.404/76, ao conceituar grupo de sociedades, em seu capítulo XXI (art. 265), autoriza expressamente a constituição de um grupo econômico entre sociedade controladora e controlada mediante convenção registrada, pela qual se obrigam a combinar esforços em comum. A esse agrupamento de sociedades mediante convenção, chama-se grupo econômico de direito, ou convencional.

Assim sendo, a única forma regulada pelo nosso direito de grupo de sociedades é a forma convencional. Isso se justificaria pela dificuldade em se criar uma legislação que abranja todas as espécies de grupos societários.

Para que seja possível esse agrupamento, a sociedade controladora do grupo constituído deve necessariamente ser brasileira. Isso quer dizer que as pessoas naturais que exercem a o controle da sociedade de comando devem ser brasileiras

³⁷ Exposição de Motivos Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>> Acessado em: 04/08/2017.

ou domiciliadas no Brasil, conforme parágrafo único do art. 269 da lei 6.404/1976³⁸. Ademais, a convenção, devidamente registrada no registro de comércio da sede de deve seguir os requisitos do art. 269.

Desde o momento em que é deliberado em assembleia torna-se constituído o grupo econômico de direito. Entretanto, esse só produzirá efeito perante terceiros a partir de seu registro no Registro de Comércio do estado aonde localiza-se sua sede principal.

Como está convencionado que as sociedades reunirão esforços para o fim da atividade objeto do grupo de sociedades, é possível que haja a redução dos resultados individuais das sociedades integrantes, em prol de um resultado eficaz do grupo. O grupo passa a ter uma administração própria, apartada da administração da controladora, podendo determinar políticas administrativas, e políticas organizacionais de modo que beneficiem o grupo, mesmo que essas tragam prejuízo à uma das sociedades controladas.

Visando assegurar o interesse em comum, a direção do grupo passa a dispor livremente do patrimônio das sociedades convenientes. Desse modo, ela tem o poder de apropriar-se dos recursos delas, quando assim necessitar. Assim, essa autonomia patrimonial e jurídica, para Modesto Carvalhosa, é uma visão simplista e equivocada, eis que na verdade, todo o patrimônio das sociedades envolvidas é, de certo modo, afetado.³⁹

³⁸ Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter: I - a designação do grupo; II - a indicação da sociedade de comando e das filiadas; III - as condições de participação das diversas sociedades; IV - o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção; V - as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o componham; VI - os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o componham; VII - a declaração da nacionalidade do controle do grupo; VIII - as condições para alteração da convenção. Parágrafo único. Para os efeitos do número VII, o grupo de sociedades considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controle de: a) pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil; b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle das pessoas referidas nas alíneas a e b.

³⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014. P..384.

O fato é que, segundo estudo citado por Nabor Batista de Araújo Neto de autoria do Prof. Dr. Fábio Konder Comparato⁴⁰, nos registros do Departamento Nacional de Registros do Comércio – DNRC – Em 2010, não existiam mais de trinta Grupos de Sociedades formalmente constituídos.

Tem-se, assim, a impressão de que os grupos de direito do Cap. XXI serão raramente constituídos, fora dos casos em que existe uma minoria inexpressiva. Quando a minoria inexistente completamente, a sua constituição é inútil. E quando a minoria é importante, a constituição do grupo se revela perigosa, pelo exercício eventual do direito do recesso.⁴¹

Nos termos do art. 273, as sociedades integrantes do grupo de direito podem praticar ato que favoreça o grupo, em prejuízo de alguma das integrantes, se isso for necessário para a manutenção do grupo empresarial. Já nos termos do art. 245, nas sociedades de fato, não é permitido o favorecimento de coligada, controlada ou controladora em prejuízo da companhia, havendo, caso ocorra esse favorecimento, responsabilização pessoal dos administradores.

Do mesmo modo, a recíproca também é vedada, conforme art. 246⁴². Assim os administradores da controladora também não poder desviar a controlada do cumprimento de seus fins sociais, diferentemente dos grupos de direito. Entretanto, por tratarem-se de grupos de fato, não possuindo uma convenção acerca de suas obrigações, é fácil deduzir que não há um verdadeiro controle e responsabilização dessas normas na prática. Por essa diferença, pela inaplicabilidade do art. 245 e 246 na prática, e pela não necessidade de convenção para sua constituição, os grupos de fato são preferidos.

Regulando somente a minoria dos grupos societários, que, conforme já demonstrado, são o principal modo de configuração societário correspondente à nossa atual ordem econômica, o Brasil vive crise sistêmica. Deixam-se as sociedades

⁴⁰ ARAÚJO NETO, N. B. de. Os grupos econômicos: aspectos fáticos e legais do moderno fenômeno empresarial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18571>>. Acesso em: 24 jun. 2012.k

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. *Revista de Direito Mercantil* 23/106, 1976.P. 106.

⁴² Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. § 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente. § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.

de fato desreguladas. Não à toa, declarou o Professor Dr., Calixto Sebastião Filho, em trecho transcrito pela Professora Dr^a Viviane Muller Prado:

Não é exagerado dizer que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise. Do modelo original praticamente nada resta. As principais regras conformadoras do direito grupal como originalmente idealizado encontram-se hoje sepultadas pela prática ou pelo legislador. Os grupos de direito no Brasil são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira.⁴³

Deste modo, é de grande relevância entender a existência dos grupos de fato, que constituem a grande maioria dos grupos de sociedades existentes hoje.

2.5. GRUPO DE FATO

Apesar da lei nº 6.404/1976 regular somente os grupos de sociedades de direito, ela não ignorou a existência dos grupos de sociedades que não são previstos em uma convenção. Eles decorrem da prática comercial e vem sendo reconhecidos pelos tribunais brasileiros, para fins de delimitação de responsabilidade das sociedades componentes do grupo e de seus respectivos administradores.

A relação entre as sociedades, no grupo econômico de fato, decorre da participação acionária de uma na outra, e não de uma convenção registrada. Por lei, são grupos de fato as sociedades coligadas, controladoras e controladas.

Carvalhosa ensina que as sociedades de fato “formam, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica. Diferentemente do grupo de sociedades, regido pelos arts. 265 a 279, que constitui uma entidade jurídica.”⁴⁴

Nesse sentido, Nelson Eizirik, conceitua:

O grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional. As relações jurídicas mantidas entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas.⁴⁵

⁴³ PRADO, V. M. Grupo Societário: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, P. 5- 28, 2005.

⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014. P. 39- 40.

⁴⁵ EIZIRIK, Nelson. Lei das S/A Comentada, Quartier Latin, vol III, p. 515-516.

Assim, inexistindo convenção para regulação de suas atuações, há uma maior autonomia jurídica e organizacional do que nos grupos econômicos de direito, como se agissem de forma isolada. Ademais, elas mantêm seus próprios interesses sociais. Não há, nos grupos de fato submissão operacional ou patrimonial entre as sociedades controladora e suas controladas ou coligadas (art. 243 e s.)⁴⁶

No entanto, [...] a disciplina específica sobre os grupos de fato limita-se aos seguintes pontos: responsabilidade dos administradores (art. 245), relatório da administração e demonstrações financeiras (art. 243, caput e 247 a 250), vedação de participações recíprocas (art. 244), obrigação de reparação de danos pela controladora à controlada (art. 246), subsidiária integral (art. 251 e 252) e incorporação de controlada por controladora (art. 264). Salvo estas normas, as sociedades que forma um grupo de fato devem observar a disciplina aplicável às sociedades isoladas.⁴⁷ Em outras palavras, nessas relações intersocietárias continua incidindo o regime jurídico incidente nas demais sociedades por ações.

Deste modo, esclarece Eduardo Secchi Munhoz:

Os grupos de fato, por sua vez, definem-se negativamente como todos aqueles que não se baseiam nos instrumentos previstos na lei para a constituição dos grupos de direito. Os grupos de fato ficam sujeitos ao regime clássico do direito das sociedades comerciais, considerando-se ilícitas as condutas contrárias ao princípio da autonomia.⁴⁸

A lei brasileira, conforme vimos, utiliza as expressões sociedades coligadas, controladas e controladoras para falar sobre os grupos de fato. Esses encontram-se no capítulo XX da Lei das Sociedades por ações. Deste modo, quando a lei fala em grupo de sociedades ela se refere somente às controladoras e controladas, que seriam os grupos de direito regulados no capítulo XXI, sendo esses somente grupos

⁴⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.* Saraiva, 05/2014. P. 327

⁴⁷ PRADO, V. M. Grupo Societário: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, P. 5- 28, 2005.

⁴⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 119.

de subordinação.⁴⁹ Nossa lei reconhece uma relação horizontal entre coligadas e vertical entre controladoras e controladas, nas sociedades fatos.

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.⁵⁰

Do mesmo modo, o Código Civil também prevê:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.⁵¹

Em outras palavras, nos termos da lei, sociedade controladora é aquela que detêm, direta ou indiretamente, participação em outra sociedade, em proporções suficientes para assegurar às primeiras a maioria dos votos em reuniões ou assembleias de sócios e o poder de eleger a maior parte dos administradores desta sociedade (controlada).

Ocorre normalmente através de holding. Esta é uma sociedade não operacional que tem seu patrimônio composto em sua totalidade por ações de outra sociedade. E seu objeto social é a participação relevante em uma atividade econômica em terceiros.

⁴⁹ Para os fins deste trabalho, imperioso destacar as expressões utilizadas pela LSA. Quando se refere aos Grupos de Sociedades propriamente ditos, regulados no capítulo XXI, fala-se em sociedades controladoras e controladas, sociedades mães e filhas ficando restrito, portanto aos grupos de subordinação que se uniram mediante a celebração de uma convenção. Já para os chamados grupos de fato, objeto do próximo ponto, previstos no capítulo XX da LSA, utiliza-se as expressões coligadas, controladas e controladoras.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. 1.<Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 23 jun. 2017.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 10406, de 24 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Novo Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. p. 1.<Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 15/08/2017.

Sociedades controladas, por outro lado, são aquelas em que a maior parte de seu capital votante é detido por uma sociedade controladora e a maioria de seus administradores são eleitos pela controladora. O conceito de sociedades coligadas, por sua vez, é definido no artigo 1.099 do Código Civil de 2002, que dispõe ser: “coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la,” ⁵²

Sobre o conceito de coligação, o texto original da lei 6.404/76, caracteriza esta como qualquer participação relevante de uma sociedade em outra. Participação relevante, por sua vez, seria presumida com a titularidade de 10% ao menos do capital social.

Entretanto, a lei 11.941/09, seguindo a linha da melhor doutrina, alterou o §1º do art. 243 da lei de 1976, a fim de conceituar a sociedade coligada como aquela sobre a qual a investidora exerceria influência significativa, sendo essa definida, no §4, como o poder da investidora participar nas decisões políticas sem controlá-la. Essa influência significativa ganha presunção quando se tem no mínimo 20% do capital social com direito a voto.

A resolução normativa n. 247/1996 da CVM, em seu art. 2º⁵³ equipara às coligadas aquelas sociedades que detém 10% ou mais do capital votante, sem controlá-la, indiretamente, sem considerar a participação no capital total.

⁵² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2002. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 23 jun. 2017. BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Ibidem.

⁵³ Vide Instrução CVM n. 247, de 27 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst247.html>>

3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS GRUPOS ECONÔMICOS

3.1 CONCEITUAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Primeiramente, faz-se imperioso conceituar o instituto da responsabilidade. Tendo origem no termo latim *respondere*, em poucas palavras pode-se dizer que responsabilidade é a obrigação que determinada pessoa assume em responder pelos seus próprios atos ou pelos atos de terceiros dos quais tenha se obrigado.

De acordo com Maria Helena Diniz,

a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁵⁴

Essa obrigação é imputada ao responsável e deriva de lei ou decorre de sua própria vontade⁵⁵. A princípio existem dois tipos de responsabilidade juridicamente existentes: a civil e a penal.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil Brasileiro. Construída pela teoria da culpa, essa responsabilidade traz como dever da vítima a prova do dano, da infração legal, do nexo de causalidade e da culpa, esta última em seus mais amplos sentidos atribuídos.

Entretanto, deve-se lembrar que esta não é a única forma de responsabilização civil prevista pelo nosso ordenamento. O Código Civil Brasileiro de 2002, opta por adotar mais uma vertente da responsabilidade: a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, do CC.⁵⁶ Esta por sua vez, abraçada pela teoria do risco, imputa a

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, 20. Ed. Saraiva.

⁵⁵ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁵⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

responsabilidade pelo dano independentemente de demonstração de culpa. Basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre conduta e resultado:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Outra divisão trata-se da responsabilidade quando se apresenta mais de um devedor obrigado na relação jurídica. Pode ela ser solidária ou subsidiária. A responsabilidade solidária ocorre quando mais de um devedor está obrigado pela dívida toda. Consequentemente, pode o credor exigir o cumprimento da obrigação de maneira integral de qualquer um dos devedores solidários.

Já a responsabilidade subsidiária é caracterizada pela hierarquização patrimonial. Primeiramente deve-se exigir a obrigação do devedor diretamente responsável, principal, o que se define por lei. Caso o devedor principal seja insolvente ou não cumpra a obrigação, os demais devedores responderão subsidiariamente pela integralidade.

Sendo isto previsto por lei ou pela vontade das partes, parece-nos um tanto quanto simples determinar o regime de solidariedade a ser aplicado em cada caso. Entretanto, ao tentarmos aplicar esses regimes de responsabilidade às sociedades pertencentes aos grupos econômicos, o interesse da sociedade é substituído pelo interesse do grupo, alterando profundamente a definição dos deveres e responsabilidades do controlador e dos administradores.

3.2. RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Nos agrupamentos, torna-se fácil o favorecimento de uma sociedade integrante do sistema, com burla dos direitos e interesses dos acionistas minoritários e dos credores.⁵⁷ A manutenção da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade das sociedades controladas serve de barreira à sociedade controladora, tornando-se esta imune aos riscos da atividade por ela comandada, exercendo um “direito à irresponsabilidade”. Deste modo as sociedades filhas tornam-se escudos da sociedade-mãe, respondendo diretamente pelos riscos da atividade de grupo.

O mecanismo dos grupos pode ser utilizado deliberadamente com a finalidade de exteriorização dos riscos, na medida em que uma determinada sociedade, que desenvolve atividade perigosa, para evitar os prejuízos decorrentes de seu exercício, pode desmembrar-se em várias unidades jurídicas distintas, protegendo os principais ativos de seu patrimônio numa sociedade não operacional.⁵⁸

Dessarte, a importância da definição de um regime de responsabilização é justamente evitar esses benefícios empresariais, como a blindagem às suas obrigações. Em vista disso a matéria dedicada neste ponto é, pois, do maior interesse jurídico e econômico.

O direito alemão, utilizado de base para nossa legislação sobre grupos de sociedades, a fim de proteger os interesses dos terceiros credores, consagrou apenas um sistema de proteção indireta para os credores sociais. Isso significa que não previu uma proteção direta para os credores das sociedades mães, mas tão somente das sociedades filhas.

Por sua vez, no direito português, consoante elucidado por Engrácia⁵⁹, o Código De Sociedades Comerciais prevê um sistema de responsabilização simultânea e cumulativa por todas as obrigações contraídas e perdas registadas pelas sociedades-filhas. Há também a proteção direta a favor dos credores da sociedade mãe.

⁵⁷ REQUIÃO. Rubens Edmundo. Curso de direito comercial. 2º v. 2007. 25 ed. Ver. E atual. Por Rubens Edmundo Requião. Saraiva. Pg. 280.

⁵⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 265.

⁵⁹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P.

De mesma sorte, entretanto, não foi a legislação brasileira.

Ao analisarmos brevemente nossa legislação, desde o código comercial, verificaremos que inicialmente a sociedade gerava responsabilidade dos sócios. A ideia de sociedade é atuar em conjunto. E com isso, advém a solidariedade. O primeiro artigo da lei das Sociedades por Ações⁶⁰, por sua vez, fala sobre a responsabilidade de seus sócios ou acionistas, sendo essa limitada pelo preço de emissão das ações que subscreverem ou adquirirem. Aqui, explica Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que a solidariedade, nas estruturas societárias, é sempre presumida.⁶¹ Se a responsabilidade não fosse presumida não seriam necessárias essas regras.

Seguindo este raciocínio, mantendo a base estrutural da nossa legislação, seria, então, lógico, pensarmos no grupo como atuação conjunta das sociedades e assim concluiríamos logicamente haver uma responsabilidade solidária entre elas. Entretanto, a Lei societária não previu nenhum dispositivo referente à responsabilização solidária dos grupos econômicos.

De fato, a lei 6.404/1976 ao dedicar um capítulo inteiro às “sociedades coligadas, controladoras e controladas” (arts. 243 e ss.), e outro aos “grupos de sociedades” (arts. 265 e ss.), representou um grande avanço no direito empresarial pátrio. Porém, em contrapartida, essa legislação acabou concedendo essa problemática de forma estática.

Isso significa dizer que a Lei das Sociedades Anônimas, visando atingir uma forma de facilitação ao empresariado por meio de uma diluição patrimonial e de riscos, ao optar por manter à cada sociedade integrante do grupo a personalidade jurídica e patrimônio distinto próprios, acaba por entrar em conflito com as bases estruturais do direito societário tradicional, resultando em um engessamento da problemática atual dos grupos societários.

Ainda, em outras palavras, apesar de ter abrangido a realidade dos grupos societários, os dogmas da legislação empresarial são ainda construídos sobre o direito

⁶⁰ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Manual das companhias ou sociedades anônimas, Rev. Dos tribunais. Ed. 2. ed, 2010. Pg. 306.

societário tradicional: aquele em qual cada sociedade constitui uma entidade juridicamente autônoma dotada de personalidade jurídica própria.

Deste modo,

O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal e abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da ordem jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo.⁶²

Elucida Eduardo Secchi Munhoz⁶³ que “a organização autônoma, que explicava o processo de decisão e de estruturação do poder empresarial, foi posta de cabeça para baixo, gerando uma situação de total desequilíbrio entre o exercício do poder e a atribuição de responsabilidade. ”

É preciso, assim, superar o paradigma da responsabilização do regime da sociedade isolada, eis que esse não atende aos problemas sociais e econômicos advindos do fenômeno dos grupos econômicos, adaptando-o às necessidades atuais. Por isso é muito importante que haja uma atualização legislativa sobre o assunto.

Seria, assim, valendo-nos das palavras de Engrácia, lidar com a responsabilidade plurissocietária “escutinar directamente a legitimidade das fundações últimas do próprio Direito das Sociedades Comerciais, em particular as “vacas sagradas” da personalidade jurídica da sociedade comercial e a limitação de responsabilidade dos sócios”.⁶⁴

Ao optar por uma distinção patrimonial e de personalidade jurídica das sociedades pertencentes ao mesmo grupo, a LSA, em seu art. 266⁶⁵, acabou por deixar de lado questões referentes ao regime de responsabilidade a ser aplicado à

⁶² COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. 6 Ed. Ver. Atual. RJ. Editora Forense, 2014. P. 429.

⁶³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 147

⁶⁴ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 39.

⁶⁵ Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

essas empresas formadoras de conglomerados. Isso já está antecipadamente esclarecido na Exposição de Motivos da lei 6.404/76:

No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos.⁶⁶

O que o legislador pretendeu esclarecer em sua exposição de motivos é sua opção pela não previsão de qualquer responsabilidade solidária das sociedades participantes do grupo convencional na Lei das Sociedades Anônimas, restando isolada essa responsabilidade tanto na esfera contratual como na extracontratual. Em outras palavras, cada sociedade integrante do grupo responsabiliza-se pelas obrigações por ela contraída, não havendo que se falar em solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo. Pelo menos não na lei societária.

Rememora Nelson Eizirik:

As sociedades participantes do grupo de direito conservam a sua independência jurídica, sendo, portanto, titulares dos direitos e responsáveis pelas obrigações contraídas em seus nomes (art. 266). Disso resulta que, em nosso ordenamento jurídico, não existe, como regra, a responsabilidade solidária ou subsidiária passiva entre as sociedades integrantes do grupo de direito; cada sociedade responde, em princípio, apenas pelas obrigações que lhes são próprias. (2011, p. 522)⁶⁷

Motivação inconvincente da exposição de motivos da lei 6.404/76, ao ver de Comparato⁶⁸. Primeiramente porque não se quer necessariamente criar uma responsabilidade solidária, podendo ela ter contornos de subsidiária. Ademais,

⁶⁶ Exposição de Motivos Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>> Acessado em: 04/10/2017.

⁶⁷ EIZIRIK, Nelson. Lei das S/A Comentada, Quartier Latin, vol III, p. 522.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. 6 Ed. Ver. Atual. RJ. Editora Forense, 2014. P. 502

diferentemente do explicitado pelo legislador, os credores, nas Sociedades Anônimas, não possuem conhecimento jurídico para contratualmente exigir uma responsabilidade solidária das empresas, ainda mais se tratando de responsabilidades de fato. Não se deve olvidar que o que a prática verdadeiramente demonstra é que somente os credores detentores de grande poder econômico, representados, aqui, em sua maioria, por grandes instituições financeiras, possuem capacidade contratual e conhecimentos suficientes para exigir essa responsabilização contratual pelas integrantes de um grupo econômico.

Nesses termos, nas palavras de Eduarco Secchi Munhoz, “Essa situação afeta particularmente os credores dotados de menor poder de negociação (v.g. fornecedores consumidores, titulares de crédito decorrente de ilícitos extracontratuais), que não são capazes de exigir garantias da sociedade dominante, como ocorre, em relação, por exemplo, às instituições financeiras”.⁶⁹

Outro grande erro é a ilusão de que essa independência patrimonial e jurídica é total. Na prática, qualquer grupo de sociedades resultará em uma subordinação maior ou menor de interesses em relação às demais integrantes. Utilizando-nos da crítica de Fábio Konder Comparato, “A confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico. Com isso, são praticamente inevitáveis as transferências de ativo de uma sociedade a outra, ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas.”⁷⁰

Assim, a “afirmativa do legislador, de autonomia jurídico - patrimonial, é incompatível com a natureza e a estrutura dos grupos convencionais, que formam uma sociedade de segundo grau, ainda que não personalizada.”⁷¹

Fran Martins completa o raciocínio:

Do mesmo modo, daí não contribuirão as sociedades, de comando e filiadas, para a constituição de um patrimônio para o grupo, diverso do patrimônio de cada sociedade; na realidade, esses patrimônios individuais são

⁶⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. P. 141.

⁷⁰ Comparato. P. 502.

⁷¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição*. Saraiva, 05/2014. P.393.

conservados, mas a administração do grupo dispõe do poderio econômico que representam os patrimônios de todas as sociedades (...)" ⁷²

Deste modo, não tem razão aqueles que falam que o grupo de sociedades é formado por sociedades juridicamente autônomas e unidas economicamente. Essa visão é equivocada na medida em que:

Ainda que se mantenha formalmente autônoma a sociedade participante, substancialmente é ela despersonalizada. O grupo de sociedades, portanto, toca diretamente a pessoa jurídica das sociedades convenientes, não apenas quando esta delega à direção do grupo poderes de representação negocial (não orgânica) como também quando pode esse comando unificar-se (art. 272) dispor dos lucros de cada uma delas (art. 276). ⁷³

O problema maior reside no fato que a responsabilidade civil pressupõe a existência de relação jurídica, logo de personalidade e capacidade para adquirir direitos e obrigações. ⁷⁴ A dificuldade está exatamente em conferir personalidade jurídica ao grupo como um todo para o responsabilizar, não se encaixando em um dos modelos de responsabilidade existentes. Como afirma Fran Martins⁷⁵, o grupo não constitui uma pessoa jurídica, mas sim uma administração grupal que toma as deliberações de ordem geral.

Por consequência, a aplicação dos padrões tradicionais de responsabilidade presentes na legislação vigente, leva, invariavelmente, a soluções insatisfatórias ou inadmissíveis, em razão da tensão paradoxal entre dois princípios regulatórios presentes no direito dos grupos: o princípio da autonomia societária, com limitação patrimonial e independência de organização e o da direção unitária, a partir da possibilidade do exercício de poder de controle de uma sociedade sobre outra.⁷⁶

⁷² MARTINS, Fran. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 436 e s.

⁷³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.* Saraiva, 05/2014.. 383.

⁷⁴ MORAIS, Priscila Mathias Rabelo de. *Da responsabilização dos sócios na execução trabalhista.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

⁷⁵ MARTINS, Fran. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 436 e s.

⁷⁶ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005., 2005. P. 38.

Dessarte, o regime de responsabilidade da empresa plurissocietária constitui hoje a pedra de toque da regulação jurídica desta nova forma de organização empresarial⁷⁷.

A Lei das Sociedades por Ações optou por apenas estabelecer regras de compensação e de responsabilização interna na relação grupal, tratando somente da responsabilidade dos administradores das sociedades filiadas, por força do disposto no art. 273. Nos termos deste artigo, compete aos administradores das sociedades integrantes do grupo observar disposições e orientações elaboradas pelos administradores do grupo econômico. Ou seja, se um ato for favorável ao grupo, mas implicará em dificuldades em certa sociedade participante do grupo, poderá o administrador realizar este ato, em prol do objetivo maior do grupo societário.

Entretanto, caso este ato não esteja de acordo com a convenção grupal ou lei, haverá a responsabilização pessoal dos administradores, por abuso de poder, nos termos do art. 158 da LSA. O mesmo é previsto para o acionista controlador, no art. 117 da mesma lei. De qualquer modo, demonstram as referidas responsabilizações serem insuficientes para os casos de abuso de poder. Primeiramente porque deve-se diferenciar a administração da responsabilidade. Nem sempre o titular do controle acionário ocupa cargos de direção, podendo este nomear prepostos de confiança, para tanto, os quais provavelmente não terão patrimônio pessoal suficiente para suportar a responsabilidade. Outro motivo é a necessidade de demonstração de dolo e culpa, algo que dificilmente se mostra possível na prática. “Uma responsabilidade subjetiva que exige para sua configuração prova impossível de ser obtida é equivalente a uma regra de isenção de responsabilidade.”⁷⁸

No mais, não existem demais dispositivos sobre o regime de responsabilização dos grupos societários que versem sobre proteção a terceiros credores e demais envolvidos na LSA.

⁷⁷ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005.. P. 38.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de Controle na Sociedade Anônima, *6ª edição*. Forense, 10/2013. Rio de Janeiro, Cap III, p. 1.

3.3 RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS NAS LEGISLAÇÕES ESPARSAS.

Devido ao branco legislativo, e ao surgimento das novas situações as quais precisavam ser solucionadas, paralelamente à lei das S.A.s legislações esparsas começaram a tratar do assunto. Começaram a surgir normas sobre responsabilidade dos grupos econômicos na lei anticorrupção, na lei concorrencial, na lei civil, na CLT, nas quais há uma tendência de compartilhamento da responsabilidade no âmbito dos grupos.

Entre as legislações mais completas sobre o tema, encontra-se a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a qual em seu art. 2º, §2º, identifica os elementos básicos de um Grupo econômico, bem como define a responsabilização solidária destas perante as relações de emprego:

Parágrafo 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, **solidariamente** responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.⁷⁹

Assim, seria considerado um grupo econômico, para as relações de emprego, uma ou mais empresas com personalidade jurídica própria que estão sob direção, controle ou administração de outra, e estas seriam responsáveis solidariamente pelas obrigações contraídas pelas subordinadas. Vários outros ramos tratam desse tema reportando-se à CLT.

Já o conceito concorrencial, segundo o art. 4 da resolução 02/2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), aborda de modo diverso a problemática:

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente: (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)

⁷⁹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm.

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo;

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente: (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)

I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

O Conselho administrativo de defesa econômica (CADE) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e à Secretaria de Direito econômico (SDE). Conjuntamente com a SDE, o CADE formava o Sistema Brasileiro de defesa da concorrência no país. Hoje, o CADE é o responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica bem como regulamentar os procedimentos decorrentes da análise prévia de atos de concentração.⁸⁰

Para o CADE, o agrupamento econômico das sociedades leva em conta necessariamente a participação no capital social dessas sociedades. Entretanto, vale lembrar que nesse ramo do direito, a configuração de grupo econômico, segundo entendimento jurisprudencial, também poderá ocorrer em casos de participação de uma sociedade no capital de outras em percentual inferior ao estabelecido nas normas aplicáveis ou até mesmo em casos em que as sociedades não estejam relacionadas entre si por meio de participações societárias, mas sim por outros meios admitidos em direito e que lhes assegurem agir sob as mesmas orientações gerais para fins de estabelecimento de estratégias competitivas.

Assim, o conceito de direito concorrencial, é um conceito muito mais amplo que os demais. Não é necessário, para este, que as empresas se unam por um controle

⁸⁰ Vide (art. 89 da lei 12529/2011) Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei. Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

acionário. O que importa, para se configurar o grupo econômico para o direito de concorrência, é a existência da relação jurídica que comprometa a sua imparcialidade e que possa prejudicar a concorrência.

Quanto ao regime de responsabilização, o art. 17 da lei 8.884/94, a qual transformou o CADE em autarquia, expressamente determina a solidariedade das empresas integrantes do grupo econômico nos casos de infrações de ordem econômica por uma delas⁸¹

De modo diverso trata o Código do Consumidor (CDC) sobre a responsabilidade dos grupos societários, em seu art. 28, §2º⁸², determinando que as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas serão subsidiariamente responsáveis para os fins consumeristas, e poderão ter suas personalidades jurídicas desconsideradas quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

3.4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE DOS GRUPOS ECONÔMICOS

Do mesmo modo que as legislações esparsas, a doutrina também diverge acerca do regime de responsabilidade dos grupos econômicos.

Jorge lobo⁸³ considera o grupo de sociedades como uma espécie de sociedade de segundo grau, uma sociedade entre sociedades, e defende a ideia de que há personalidade jurídica própria com solidariedade entre as participantes, pelas obrigações decorrentes de sua atuação em conjunto.

O professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto discorda⁸⁴. Apesar de concordar que a solidariedade, nas estruturas societárias empresariais é sempre presumida, conforme já aqui discutimos, não concorda que haja uma personalidade jurídica

⁸¹ Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica..

⁸² "Art. 28. (...) § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código".

⁸³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário II: Sociedade anônima. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. 1ª ed. P..4

⁸⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de direito societário II: Sociedade anônima. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. 1ª ed. P. 328.

própria do grupo de sociedade como um todo capaz de justificar por si só um regime de responsabilização solidária entre suas participantes.

Já para Modesto Carvalhosa, o grupo societário é um conjunto de companhias sujeitas a um controle comum, que, mediante convenção formal, visam a concentrar, sob a direção autônoma do grupo, a política de administração, os fatores de produção, o patrimônio e os resultados (lucros), mantendo cada uma das pactuantes a sua formal personalidade jurídica.⁸⁵ Assim, para o referido autor, o único elemento da autonomia que se mantém com a formação dos grupos é a responsabilidade:

Esse é o ponto mais controvertido do nosso direito societário, o dos grupos convencionais de sociedades que, despersonalizando as suas filiadas (art. 272) e retirando a sua autonomia administrativa e patrimonial (art. 276), não outorgam aos credores direitos sobre o patrimônio comum no caso de inadimplência.⁸⁶

Caberia, como consequência, ao ver de Carvalhosa⁸⁷, à jurisprudência criar a responsabilidade através da figura da desconsideração da personalidade jurídica.

Em outra direção Fábio Konder Comparato entende que:

Com ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a **responsabilidade subsidiária** da controladora. Incumbiria a esta o ônus de provar, não havendo convenção, a inexistência de um poder de controle, constituindo o grupo societário de subordinação.⁸⁸

Entretanto, o reconhecimento legal do grupo, mesmo que sem personalidade jurídica própria demanda mecanismos jurídicos a fim de compensar os interesses particulares de quem possa ser lesado com isso: sejam sócios, acionista não

⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.. Saraiva, 05/2014..p. 382.

⁸⁶ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.. Saraiva, 05/2014. P. 385.

⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição.. Saraiva, 05/2014. P. 385.

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª edição. Forense, 10/2013. Rio de Janeiro, nota de texto 86.

controladores, ou terceiros credores. Com o objetivo de chegar a uma solução satisfatória para um problema tão controverso, Antunes Engrácia, em excelente artigo⁸⁹, reduz todos os desenvolvimentos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto em 3 estratégias regulatórias sobre a definição de um regime de responsabilidade dos grupos empresariais: a tradicional da “autonomia societária”, a estratégia revolucionária do “controle societário” e a mitigada do “modelo dualista”.

A primeira estratégia, a tradicional da “autonomia societária”, a qual, segundo Engrácia, toma como base o modelo norte-americano, toma o simples fato de que as sociedades do mesmo grupo são autônomas e juridicamente independentes como o suficiente para afirmar que não se pode responsabilizar a sociedade-mãe por atos das demais sociedades do grupo. Apenas em circunstâncias excepcionais, admitiria-se, assim, a desconsideração da personalidade jurídica.

Essa estratégia, entretanto, resulta em grandes incompreensões, conforme explica Engrácia. Além de tornar arbitrária a escolha do magistrado sobre a aplicabilidade da exceção ou não, também não tutela os interesses dos sócios minoritários e credores que “assistem impotentes a uma degradação dos respectivos direitos patrimoniais e organizativos, tornando-se prisioneiros de verdadeiros “títulos dormentes” sem qualquer liquidez ou valor de transacção no mercado”⁹⁰.

O segundo modelo, do “controle societário”, este advindo dos ideais europeus, também chamado Enterprise Law Approach, compreende que a sociedade-mãe deverá ser responsável por todas as dívidas ou passivo das respectivas sociedades filhas, pela simples, mas decisiva, razão de que a primeira controla a vida e gestão empresarial das últimas, formando, assim, uma empresa societária⁹¹. Também não seria o modelo ideal para Engrácia, eis que pode colocar em cheque a estabilidade financeira do próprio grupo, pela responsabilização em todas as obrigações, e em todas as dívidas das subordinadas.

Já o regime de responsabilidade resultante do modelo dualista, que advém do modelo alemão (o mesmo que influenciou nossa legislação sobre grupos societários),

⁸⁹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 40.

⁹⁰ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 40

⁹¹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005., p. 43.

seria o meio termo entre as duas teorias anteriores. Ela envolveria a diferenciação dos grupos empresariais em grupos de direito e grupos de fato, aos quais já foi concedido lugar para explanação no ponto anterior desse trabalho. No caso dos grupos de direito, teria a sociedade- mãe um poder de controle com um sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, enquanto que nos grupos de fatos seria um sistema de compensação pontual e casuístico, reconhecendo a autonomia das filhas e obrigando a mãe somente a compensar os prejuízos patrimoniais resultantes para as filias.

O problema na adoção do sistema dualista, é a grande diversidade de tratamento entre os grupos de direito e os grupos de fato. Nos grupos de direito, caracterizados pela celebração de uma pactuação, a responsabilidade das sociedades- mães acaba por ser severa demais, o que acaba por penalizar injustamente esta, e conceder uma proteção muito ampla aos credores das filiais. E por outro lado, nos grupos de fatos, esse sistema imputa uma responsabilidade mais branda e menos gravosa, acabando por privilegiar as sociedades-mães fornecendo um “porto de abrigo” e não garantindo uma adequada proteção, seja às sociedades-filhas, seja aos interesses dos respectivos credores sociais.⁹²

Eduardo Secchi Munhoz⁹³ conclui que é necessário a elaboração de uma nova base para o direito dos grupos de sociedades, que leve em conta as mais variadas formas de grupos societários, de acordo com o poder de controle e de cada, e que por consequência, cada uma tenha um regime de responsabilização predefinido. O autor sugere a definição pré estabelecida de seis principais formas de grupo de sociedades: (i) o grupo totalitário; (ii) o grupo majoritário individual absoluto e minoritário individual absoluto; (iii) grupos majoritários individual simples e minoritário individual absoluto; (iv) grupos majoritário conjunto absoluto e minoritário conjunto absoluto; (v) grupos majoritário conjunto simples e minoritário conjunto simples e (vi) grupo externo.

Não nos cabendo examinar cada uma detalhadamente, o que nos importa aqui é que o referido autor aponta mecanismos de proteção aos minoritários e credores de modo comum à todas elas. Assim, “prefere-se aqui, a adoção do critério da

⁹² ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005. P. 46.

⁹³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. P. 287- 312.

responsabilidade subsidiária da sociedade controladora, dada a complexidade de se determinar um sistema de compensação eficiente e neutro economicamente.⁹⁴

Assim, difícil não é perceber que a discussão dos critérios e das formas efetivas de responsabilização nos grupos societários ainda não foi objeto de estudo sistemático pela doutrina jurídica brasileira. E essa diversidade da doutrina e das legislações esparsas dificultam a aplicação das leis aos casos concretos por nossos operadores de direito, causando até certa insegurança jurídica.

A ausência de previsão de um regime de responsabilidade grupal em nossa Lei Societária deixa esse encargo fundamental à magistratura.⁹⁵ A jurisprudência deve, então, construir entendimento capaz de remediar a falta de solidariedade legal, tanto nos casos de culpa contratual como nos de culpa extracontratual. Nada impede, outrossim, que a própria convenção preveja essa solidariedade.

Devido à essa lacuna legislativa, já existe hoje uma certa construção jurisprudencial acerca do tema. Ainda há um longo caminho a se percorrer, mas alguns indícios de sua definição já começam a aparecer.

Em um primeiro momento, o remédio jurisdicional havido para o combate à irresponsabilidade das sociedades, no tradicional direito societário das sociedades isoladas, a fim de garantir a satisfação de um credor ou terceiro, seria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com essa teoria, havendo abuso de personalidade jurídica pela sociedade, considerados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, conforme dispõe o art. 50, do Código Civil Brasileiro de 2002, aplica-se, nesses casos, conforme entendimento doutrinário, a desconsideração da pessoa jurídica, para haver a responsabilização pessoal dos pela obrigação. Vale aqui citar a íntegra do artigo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações

⁹⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 295.

⁹⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014., p. 393.

sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁹⁶

Em caso de lacuna legislativa, a jurisprudência, tem defendido em alguns casos a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de modo análogo também aos os grupos econômicos, em aspecto excepcional, como será analisado aqui, para responsabilização das demais sociedades integrantes de um grupo, a fim de satisfazer o débito de um credor. A justificativa seria que a relação grupal estaria desvirtuando a função para a qual a “pessoa jurídica” foi criada.

Visando a blindagem patrimonial, a sociedade controladora estaria agindo de forma a abusar do poder sob as controladas, e o remédio seria a desconsideração da personalidade jurídica das controladas a fim de se alcançar a controladora.

“Trata-se da *responsabilidade societária*, que não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da *atividade lesiva*. Assim, em uma sociedade isolada, a desconsideração atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou suas ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconsideração.”⁹⁷

Surgida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de uma jurisprudência norte- americana, mesmo a sua regulação no referido artigo do Código Civil foi insuficiente para sanar a incerteza que paira sobre o instituto. Isso porque existem duas teorias fundamentadoras da desconsideração da personalidade jurídica. A primeira, subjetiva, considera que somente excepcionalmente, em casos de abuso de poder e fraude, com dolo, poderá haver a desconsideração temporária da pessoa jurídica. Ela decorria, então, não de um ato, mas sim de uma atividade abusiva.

Entretanto, também existem os doutrinadores adeptos da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso de Fábio Konder Comparato. Para estes, reconhecida a viabilidade da desconsideração, também em

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de Controle na Sociedade Anônima, 6ª edição. Forense, 10/2013. Rio de Janeiro,, nota de texto 83. Parte III.

casos de desvio da função, sem necessidade de demonstração de dolo, caberia a aplicação.

O problema é que os pressupostos desta desconsideração da personalidade jurídica, sejam eles confusão patrimonial e desvio de finalidade, não seriam vistos como uma anormalidade nos grupos societários. Como se pôde verificar anteriormente, a confusão patrimonial entre as sociedades integrantes de um grupo societário é elemento corriqueiro nesse tipo de relação Inter societária, sendo inerente ao sistema do grupo, visto as numerosas trocas patrimoniais internas entre as sociedades. Do mesmo modo o desvio de finalidade é muito comum, eis que as sociedades se unem para um fim maior.

Ao mesmo modo que essa confusão patrimonial e trocas interssocietárias fundamentam a insuficiência destas como determinantes da desconsideração da personalidade jurídica, devendo haver prova inequívoca de abuso de poder de personalidade jurídica, outra grande parte da doutrina e jurisprudência entende que essas são motivos suficientes para encaixarem-se as sociedades integrantes do grupo nos requisitos do art. 50 do CC, a fim de permitir essa desconsideração.

Nesse sentido, alguns doutrinadores entendem que seria caso de estender essa desconsideração da personalidade jurídica à todos os demais casos nos quais uma das sociedades integrantes não cumpriu sua obrigação, devendo, então as demais sociedades do grupo de sociedade serem atingidas, considerando-se, assim, ser inerente aos grupos econômicos a existência dos requisitos do art. 50 do CC em sua constituição.

Para Modesto Carvalhosa restará ao judiciário aplicar a desconsideração da personalidade jurídica diante da ausência desse regime de responsabilidade, sendo esta aplicável somente em caso de fraude e esvaziamento de patrimônio da sociedade, em prejuízo de credores e terceiros.⁹⁸

Eduardo Secchi Munhoz, por sua vez, explica que:

⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume : tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014. P. 385.

Nos grupos de sociedades, porém, já ficou evidenciado que a interferência na autonomia da pessoa jurídica, seja no aspecto patrimonial, seja no organizativo, de natureza estrutural, de modo que seria **absolutamente desarrazoado imaginar a aplicação da doutrina clássica de desconsideração [...]** pois a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades- membros não constitui a exceção, mas sim a regra⁹⁹.

A fim de delimitar qual é o entendimento jurisprudencial de nossos tribunais acerca da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, realizamos breve pesquisa jurisprudencial, utilizando-se como critérios acórdãos emanados do TJPR¹⁰⁰, nos últimos dois anos (iniciando-se na data de 05/08/2015 e encerrando-se na data de 31/10/2017), sendo utilizado as palavras-chaves “grupo econômico” e “desconsideração”.

De um total de 151 registros encontrados, foram excluídos 87 casos devido aos seguintes critérios: (I) por tratarem de matéria que não nos interessa no presente estudo, (II) por apresentarem matéria meramente processual, por motivos de não conhecimento do recurso, (III) ou por tratarem da desconsideração da personalidade jurídica já prevista na legislação esparsa, principalmente na legislação consumerista. Restaram, então, 64 casos, os quais analisaremos agora:

Primeiramente, percebe-se que a grande maioria dos casos se trata de credor que, querendo a satisfação do seu crédito pretende a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, para que os demais societários do grupo ingressem no polo passivo da lide a fim de contribuírem para a satisfação de seu débito.

Em 27 dos casos analisados os magistrados sustentaram a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo econômico somente se presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil, sendo eles confusão patrimonial, fraude a lei ou abuso de direito. Nesses casos, o entendimento é de que a mera configuração de um grupo econômico não é motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas componentes, devendo haver prova inequívoca de abuso de direito ou má-fé da sociedade, para além da

⁹⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 173-174.

¹⁰⁰ Tjpr.jus.br

confusão patrimonial e desvio de finalidade inerentes às empresas plurissocietárias. Nesse sentido citamos algumas decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL E DE GRUPO ECONÔMICO. INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. 1. INQUESTIONÁVEL IMPOSSIBILIDADE FÁTICA DE RECONHECIMENTO DA AVENTADA SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 1.146 DO CC/02. EMPRESAS QUE CONTINUAM EM PLENA ATIVIDADE. 2. NO ENTANTO, EM QUE PESE IMPOSSÍVEL O RECONHECIMENTO DA SUCESSÃO EMPRESARIAL, HÁ INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE UM GRUPO ECONÔMICO NO PLANO FÁTICO. ÍNTIMA LIGAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS E SÓCIOS, DEMONSTRANDO, A EXISTÊNCIA DE UMA VERDADEIRA UNIDADE VOLTADA PARA A OBTENÇÃO DOS LUCROS NO MESMO RAMO EMPRESARIAL. CONFUSÃO PATRIMONIAL EVIDENCIADA. 3. **A MERA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO, PORÉM, NÃO BASTA PARA AUTORIZAR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM DESFAVOR DA EMPRESA COLIGADA. AUSÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO, AINDA QUE MÍNIMO, DE FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU MÁ-FÉ COM PREJUÍZO A CREDORES.** IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DISREGARD DOCTRINE NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES DO STJ. 4. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA, AINDA QUE POR OUTRO FUNDAMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 14ª C.Cível - AI - 1692452-2 - Antonina - Rel.: Themis Furquim - Unânime - J. 09.08.2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ACORDO HOMOLOGADO EM AUTOS DE AÇÃO DE DESPEJO CUMULADO COM COBRANÇA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 1.018, § 2, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUTOS ELETRÔNICOS - INAPLICABILIDADE - DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - MEDIDA EXCEPCIONAL E QUE PRESSUPÕE O ABUSO DE PERSONALIDADE, CONSUBSTANCIADO NA COMPROVAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL - ELEMENTOS PRESENTES NOS AUTOS INSUFICIENTES A DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES - ALEGAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO - NÃO COMPROVADA - ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE, MESMO SE TRATANDO DE GRUPOS ECONÔMICOS, A EXIGE A CONSTATAÇÃO DE CONFUSÃO DE PATRIMÔNIO, FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU MÁ- FÉ COM PREJUÍZO DE CREDORES - RECURSO DESPROVIDO." **A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.**"(TJPR - 12ª

C.Cível - AI - 1539881-1 - São José dos Pinhais - Rel.: Denise Kruger Pereira
- Unânime - J. 17.05.2017).¹⁰¹

Na maioria, entretanto, representada nesta análise pelo total de 37 casos, foi autorizada a desconsideração da personalidade jurídica da empresa integrante do grupo econômico, a fim de incluir no polo passivo da lide as demais integrantes, fundamentando sua decisão na urgência e importância de satisfazer o credor, eis que a mera existência de grupo econômico já resultaria automaticamente em confusão patrimonial e isso seria suficiente para enquadrar-se nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, conforme art. 50 do CC.¹⁰²

Deste modo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. **Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada.** rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/ STJ. 2. Agravo regimental não provido. (STJ- AgRg no AREsp 441.465/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.219.701-6, DA 21ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA AGRAVANTE: THÁ FÊNIX EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.AGRAVADA: MARIA TERESA QUIROGA ZAQUIDALSKI INTERESSADA: CCSP XXI

¹⁰¹ Nesse sentido: "Dá-se a confusão patrimonial em duas hipóteses: quando houver confusão entre os sujeitos de responsabilidade ou entre as massas patrimoniais. Segundo balizada doutrina, verifica-se a ocorrência da mistura de sujeitos de responsabilidade quando houver em duas ou mais sociedades, identidade das pessoas que compõem a administração ou gerência, não obediência às formalidades sociais, bem como a utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades, com firmas e ramos destinados à exploração de atividades semelhantes. Além desta hipótese, verifica-se ainda o abuso da personalidade da pessoa jurídica quando esta deliberadamente deixa de cumprir com as obrigações que lhe são impostas ou quando faz "mal uso" da sua autonomia para a perpetuação de fraudes". (TJPR - 17.ª C.Cível - AI - 906667-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - J. 5.12.2012). Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TJPR - 7ª C.Cível - AI - 1287093- 2 - Curitiba - Rel.: Fábio Haick Dalla Vecchia - Unânime - J.24.02.2015)

EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.RELATOR: DESEMBARGADOR WELLINGTON EMANUEL C. DE MOURA RELATOR CONVOCADO: JUIZ JOÃO ANTÔNIO DE MARCHIAGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA COM IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ASTREINTES POSTERIORMENTE CONVERTIDA EM DEFINITIVA. DANOS MORAIS CONCEDIDOS EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E INCLUSÃO DAS EMPRESAS COLIGADAS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. DECISÃO. DEFERIMENTO.RECURSO: 1) NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVAÇÃO PRESENTE E AINDA QUE SUCINTA NÃO SE CONFUNDE COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 2) CITAÇÃO PRÉVIA DAS DEMAIS EMPRESAS PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE O PEDIDO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. 3) GRUPO ECONÔMICO. RECONHECIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 50 DO CC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS SOCIEDADES INTEGRANTES DESSE Estado do ParanáPODER JUDICIÁRIOTRIBUNAL DE JUSTIÇAAGravo de Instrumento nº 1.219.701-6 - 7ª CCV Pág. 2Cód. 1.07.030GRUPO. CONFUSÃO PATRIMONIAL E GERENCIAL E INEXISTÊNCIA DE BENS LIVRES DE ÔNUS DA DEVEDORA.PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA.AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. **constatação da formação de grupo econômico de fato entre diversas pessoas jurídicas, com a finalidade de desconsiderar a autonomia patrimonial existente entre elas e, por conseguinte, acessar o patrimônio de uma para a satisfação do débito da outra componente do grupo, baseia-se no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do CC, mais especificamente na modalidade de confusão patrimonial.**

Conclui-se, assim, que pela jurisprudência, do mesmo modo da doutrina, não há uma solução pacífica quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica nos grupos societários. Percebe-se que o poder judiciário não conseguiu ainda fixa critérios claros e seguros sobre a problemática dos grupos empresariais e sua responsabilização, fazendo crer que o tema não é suficientemente compreendido e estudado pela jurisprudência.

4. LEGITIMIDADE PARA REQUERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Conforme demonstrado, o atraso normativo acerca dos grupos de sociedade acaba por acarretar diversos problemas de cunho jurídico. Um deles, ao qual nos ateremos neste ponto é a legitimidade ativa para o requerimento da recuperação judicial nos casos de sociedades integrantes do grupo econômico.

De mesmo modo, vigia até 2005, a lei falimentar 7.661 de junho de 1945, responsável pela normatização de empresas em situação de crise. Assim como as demais leis empresariais, também foi elaborada para empresários individuais e sociedades isoladas. Ela previa dois institutos: o da falência e o da concordata.

Tratava-se a concordata de um instrumento de maximização dos créditos pelos credores quirografários. Era um meio de facilitação da empresa devedora prever um modo de pagamento a seus credores. Concordata, do latim *concordatum*, significa concordância. O detalhe é que esse procedimento dispensava a anuência do credor, contrariando sua ideia inicial que seria um ato de concordância entre devedor e credores. Assim, acabou por se tornar um modo de fraude aos credores, pela empresa devedora.

Entretanto, a rápida alteração da ordem econômica¹⁰³, demandava novos apoios jurídicos a fim de comportar uma nova realidade empresarial. Esta possuía um caráter extremamente limitado e insuficiente, que não mais atendia às necessidades decorrentes da crise do empresário.¹⁰⁴ Era necessária uma legislação que apoiasse a atividade empresarial, ajudando-a a manter-se em tempos de crise. Surge então o chamado “direito econômico da crise da empresa”.

A fim de manter a coerência do sistema jurídico, constata-se a necessidade de elaboração de um texto infralegal inspirado nos dispositivos constitucionais. A ordem econômica da Constituição de 1988, traz vários princípios regentes deste neoliberalismo pautado na dignidade da pessoa humana, sendo eles (art. 170 CF):

¹⁰³ Vide ponto 1 deste trabalho.

¹⁰⁴ MENEZES, Maurício Moreira. O Poder de controle nas companhias em recuperação judicial. Ed. Forense.. 2012. Pg. 20.

soberania nacional, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, pleno emprego, e livre iniciativa.¹⁰⁵ Era necessária uma nova legislação falimentar que se adequasse a esses princípios econômicos.

Em 09 de fevereiro de 2005, é sancionada, então, a lei 11.101. Chamada de lei da falência ou lei de recuperação de empresas, a LRE foi a responsável pela instalação, no Direito Brasileiro, do Instituto da recuperação judicial, um mecanismo mais eficaz e moderno que a concordata. Muito mais que um modo de facilitar o pagamento de créditos a credores, essa lei visa possibilitar a reorganização da empresa em crise. A lógica da lei foi criar mecanismos não só judiciais, como a falência e a recuperação judicial, mas também a recuperação extrajudicial, a fim de facilitar os mecanismos viáveis aos devedores e credores interessados. Nesse estudo, porém, nos ateremos à recuperação judicial.

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País.¹⁰⁶

A abrangência da recuperação é maior do que a existente no sistema antigo com a concordata, uma vez que leva em consideração não só a crise financeira, mas também a econômica. Fábio Ulhoa diferencia a crise financeira, da econômica, e da patrimonial. A crise financeira é a crise de liquidez, e diz respeito ao fluxo de caixa negativo, impossibilitando atender com eficácia as obrigações naquele período. A crise econômica, por sua vez, diz respeito à diferença entre o ativo e o passivo de bens e direitos do empresário. Quando o total de ativo é menor que o passivo, diz haver um patrimônio líquido negativo, e ocorre a crise econômica. E por fim a crise patrimonial é a falta de patrimônios necessários a demonstrar a capacidade de pagamentos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 267.

¹⁰⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 490.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 01. 16. ed. — São. Paulo : Saraiva, 2012.

Em suma, os credores, maiores interessados na solução da situação crítica da empresa, decidem se querem ou não enfrentar os riscos inerentes à tentativa de soerguimento empresarial mediante a recuperação judicial, envolvendo-se agora a totalidade dos credores, desde os trabalhistas, passando pelo fisco, até os quirografários, e não apenas estes últimos como na moratória legal, a fim de que o conjunto de credores financie a manutenção daquela atividade empresarial.¹⁰⁸

A recuperação judicial, regulada pela Lei 11101/05, rege-se pelo princípio da preservação da atividade empresarial. Assim, como exposto em seu art. 47¹⁰⁹, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". Busca-se, assim, com a recuperação judicial, a superação do modelo de uma simples negociação entre credores e devedores como era caracterizada a concordata.

Nas palavras de Marcia Carla e Marcelo M. Bertoldi¹¹⁰ "ela (Lei 11.101/05) se propõe a tratar das dificuldades da empresa não com a finalidade exclusiva de conduzi-la ao esvaziamento e cessação de suas atividades, mas para reorganizá-las."

Esse princípio da preservação da atividade empresarial conecta-se diretamente" com o princípio da função social da empresa.

Paulo Lobo, citado por Fábio Ulhoa Coelho, explica:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo,

¹⁰⁸ LOPES, Jorge Luiz. O Novo ordenamento jurídico concursal no direito de empresas. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9164-9163-1-PB.pdf>>

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

¹¹⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 493.

nacional. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa.¹¹¹

Cumpre esclarecer que há a separação entre empresa e empresário. Ou seja, a lei pretende manter a atividade empresarial que cumpre sua função social, mas não necessariamente sob a égide do empresário original.¹¹²

É certo, porém, que nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. Isso implica gastos. Não gastos diretamente com o processo de recuperação, os quais serão arcados pela sociedade devedora. Mas sim os gastos indiretos advindos do encandeamento de relações econômicas e sociais da empresa em situação de crise. É muito importante que haja uma real viabilidade de recuperação. Essa é analisada caso a caso pelo judiciário, o qual avalia a importância social, potencial econômico para reerguer-se, idade da empresa, volume do ativo e do passivo e muitos outros critérios.¹¹³

A recuperação judicial de empresas destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado.¹¹⁴

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho,

A superação da crise da empresa deve ser resultante de uma “solução de mercado”: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover os recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. Se não houver solução de mercado para determinado

¹¹¹ LOBO, Paulo, Op cit Fábio Ulhoa Coelho Comentários a nova lei de falências e de recuperação de empresas, Ed. 4. ed, Ano 2007.

¹¹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Apontamentos de direito comercial. Curitiba: Juruá, 1998, p.99. (...) pode-se observar que ao princípio da busca do pleno emprego, por exemplo, corresponde o de preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 01. 16. ed. — São. Paulo : Saraiva, 2012. P. 298.

¹¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.129

negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a falência da sociedade empresária que o explorava. [...] A recuperação da empresa por intervenção do aparato estatal (Executivo ou Judiciário) é justificável apenas se a solução de mercado não pôde concretizar-se por disfunção do sistema de liberdade de iniciativa, na hipótese de o empreendedor atribuir à empresa, por exemplo, valor idiossincrático.¹¹⁵

A princípio, determina a lei quem tem legitimidade para o requerimento da recuperação judicial:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:¹¹⁶

Assim, é legitimado a ingressar com o pedido de recuperação judicial somente a empresa individual ou sociedade isolada e também a EIRELI. A Lei nº 11.101/2005, segundo seu art. 2º¹¹⁷, e nas palavras de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo Bertoldi, não se aplica “às sociedades simples, ou não empresárias, e ainda às empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”¹¹⁸

Para que seja possível o requerimento de uma recuperação judicial, não basta ser uma empresa individual, sociedade isolada ou EIRELI. O devedor deve cumprir os requisitos elencados no art. 48 da LRE. É indispensável que o devedor exerça suas

¹¹⁵ Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial. Pg. 187.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm >

¹¹⁷ Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

¹¹⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p, p. 461.

atividades regularmente há mais de 2 anos da data de pedido, cumulado com os demais requisitos:

- I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III - não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
- IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.¹¹⁹

O pedido inicial da recuperação judicial deve necessariamente vir acompanhado dos documentos elencados no art. 51 da LRE¹²⁰, de modo a comprovar a situação de crise da empresa, bem como a sua viabilidade de recuperação.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

¹²⁰ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

4.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO JUDICIAL DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Enquadrando-se nos requisitos do art. 48 da LRE, e tendo sido juntados pelo devedor, na petição de requerimento, os documentos elencados no art. 51 da mesma lei, o juiz proferirá o despacho inicial. Este encerra a primeira etapa da recuperação judicial: a fase de postulação. Importante salientar que esse despacho não tem o condão de deferir o pedido de recuperação judicial, pois esta somente será concedida após apresentação do plano de recuperação aprovado pelos credores, mas somente deferir o seu processamento para posterior análise de deferimento.

Nessa fase, o juiz faz a análise meramente formal do pedido e dos documentos apresentados. Dois fatores são verificados, a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. caso esteja em termos a documentação exigida no art. 51 da LRE, será deferido o processamento da recuperação judicial, que não se confunde com a decisão concessiva da recuperação judicial, art. 58.¹²¹

O que ocorre, com sua publicação é o início da contagem do prazo para apresentação do plano de recuperação pelo devedor, sob pena de convalidação da falência. A publicação no edital inicia prazo para habilitação dos credores. Após, apresentar-se-á o plano em 60 dias contados da publicação do despacho de deferimento de processamento.

Vê-se, portanto, que, apesar do legislador, no art. 52 da lei, ter intitulado “despacho judicial” de processamento do pedido, não se trata apenas de um ato de impulso do processo, deferindo o requerimento do autor. Trata-se, pois, de uma decisão que importa em deliberação do juiz no sentido de constituir um novo estado de direito, cujos efeitos repercutirão não só para o devedor, como também para os credores e demais terceiros interessados que serão afetados pela recuperação judicial.

De acordo com a súmula 264 do STJ, é irrecurível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva. Parte da doutrina entende que seria essa súmula aplicável também, por analogia, ao despacho inicial da recuperação judicial.

¹²¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 544.

Outra parte, porém, entende que a súmula assim determinou na concordata pelo fato dela simplesmente mandar processar, sem maiores efeitos.

Não obstante, em sua prática ele é muito mais que isso. A partir de sua decisão, vários efeitos importantíssimos serão desencadeados para todos os interessados, conforme já aqui discutido.

Pelo exposto, como as demais diversas omissões da lei, recorre-se à solução doutrinária e jurisprudencial. Parte significativa da doutrina tem entendido que, apesar de não se enquadrar rigorosamente no conceito de decisão interlocutória, trazido pelo CPC (art. 203, §2), pode assim, em via de seus efeitos, ser considerado como uma. E como permite a lei (art. 1.015 CPC), contra esta é cabível agravo de instrumento. Esse é o entendimento de Maria Celeste Moraes Guimarães¹²² em estudo aprofundado sobre o tema.

Colecionamos, ademais, entendimento favorável neste sentido, pela jurisprudência:

Reformulo meu posicionamento anterior para admitir a recorribilidade do pronunciamento judicial que defere o processamento da recuperação judicial, com supedâneo no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, reconhecendo sua inegável natureza de decisão interlocutória, passível de causar gravame aos credores ou terceiros interessados, bem como afrontar à Lei de Ordem Pública, a ensejar a intervenção do Ministério Público. (Ag 604.160.4/8-00, Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Data de Julgamento: 04/03/2009).

O art. 52 da lei define as medidas tomadas pelo juiz em sede de despacho inicial.

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I - nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

¹²² GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei n. 11.101/2005. Cabe recursos? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 146, p.110-121, abr./jun. 2007, p. 115.

III - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV - determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V - ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I - o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II - a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III - a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.¹²³

Nos termos do artigo, ao determinar o processamento da recuperação judicial, imediatamente o Juiz deve mandar suspender as ações ou execuções contra o devedor. A razão dessa suspensão é permitir que a negociação entre devedor e credores aconteça estavelmente durante o processo de recuperação judicial, sem que o ativo da devedora possa sofrer altos e baixos durante o processo. Então é uma forma de preservar o patrimônio empresarial como forma de proteção do resultado final do procedimento, qual seja, a preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção das atividades da devedora (empregos, recolhimento de tributos, circulação de bens, produtos, serviços e riquezas).

Deve também o juiz nomear administrador judicial para a empresa devedora. Esse terá a função de fiscalizar a atividade do devedor durante o processo de recuperação judicial. Fábio Ulhoa Coelho conceitua o administrador judicial como o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar o juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores na falência.¹²⁴

¹²³ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 58.

Além disso, o despacho, se deferido, determinará a expedição de edital, nos termos do artigo 52, § 1º da LRF, para apresentação de habilitações e/ou divergências de créditos no âmbito do Processo de Recuperação Judicial.

Por fim, determinará o despacho inicial a apresentação do plano de recuperação judicial nos termos do art. 53.¹²⁵

4.2 DO LITISCONSÓCIO ATIVO DOS GRUPOS ECONÔMICOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

A lei 11.101/2005, já em seu art. 1º, determina o sujeito ativo da recuperação judicial:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência **do empresário e da sociedade empresária**, doravante referidos simplesmente como devedor.¹²⁶

De modo geral, a recuperação judicial só poderá ser requerida pelo empresário individual ou pela sociedade empresária em crise. Assim, só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para o de falência. Isto é, somente quem está exposto ao risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial.¹²⁷

¹²⁵ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I - discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II - demonstração de sua viabilidade econômica; e

III - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm >

¹²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, v. 01. 16. ed. — São. Paulo : Saraiva, 2012. P. 317.

Esta legitimidade poderá ser estendida extraordinariamente ao cônjuge sobrevivente, herdeiro, inventariante ou sócio remanescente do devedor.¹²⁸

Do mesmo modo que a Lei das Sociedades Anônimas, a LRE não se adequou à realidade empresarial e suas atuais problemáticas. Parece, na realidade, ter sido elaborada unicamente para empresários individuais e sociedades isoladas. Um dos maiores exemplos disso é a ausência de estabelecimentos de regras sobre a recuperação judicial e falência de grupos empresariais.

Assim, a dúvida que fica é: no caso de grupos econômicos, como formar o polo ativo da recuperação judicial, haja vista a ausência de previsão de responsabilização e legitimidade do grupo econômico?

4.2.1 Jurisprudência e entendimentos recentes sobre a possibilidade de litisconsórcio ativo de grupos econômicos na recuperação judicial.

Já que não se encontra resposta à essa pergunta na lei falimentar, deve-se procurar a resposta na jurisprudência. Para este fim, realizaremos uma breve análise jurisprudencial, de forma a contextualizar o entendimento atual acerca do assunto.

Nas disposições finais e transitórias da lei 11.101/2005, o art. 189¹²⁹ deixa claro a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil nos casos omissos e não trabalhados pela lei falimentar. Uma das omissões é sobre a possibilidade do requerimento de recuperação judicial pelos grupos econômicos empresariais, em conjunto.

Atualmente, a jurisprudência encontrar-se-ia orientada no sentido de que um grupo empresarial poderia vir a requerer recuperação judicial contanto que isto fosse feito através da figura do litisconsórcio ativo, instituto emprestado do Novo Código de Processo Civil. Isto teria de ocorrer deste modo, porque os grupos empresariais, por

¹²⁸ Art. 48. *Parágrafo único.* A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

¹²⁹ Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

si só, não possuiriam capacidade para ser parte ou para estar em juízo. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho:

“A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial.”¹³⁰

O litisconsórcio ativo, regulado pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 113, é a autorização para que, no mesmo processo, duas ou mais pessoas, em conjunto, ativa ou passivamente litiguem, nos seguintes casos:

Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;
III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.¹³¹

No caso dos grupos econômicos, o litisconsórcio ativo seria fundamentado nos incisos II e III do dispositivo. O primeiro seria fundamentado pela crise financeira em comum entre as partes, sendo esta a causa de pedir. O segundo se justificaria pela afinidade de questões em comum que decorrem justamente do fato de serem um grupo econômico.

Assim, “ocorrerá cumulação subjetiva no processo quando se tiver, em um dos polos da relação jurídica processual, mais de um autor ou mais de um réu. Para que essa cumulação possa caracterizar-se como litisconsórcio é preciso que tal multiplicidade de sujeitos vincule os sujeitos componentes do polo de alguma forma, através de certa afinidade entre eles.”¹³²

¹³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 176.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2015.

Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência (NEPI), do observatório de insolvência da PUCSP¹³³, visando compreender empiricamente o processo de insolvência na jurisprudência atual, analisaram-se 194 recuperações distribuídas entre 01/09/2013 e 30/06/2016, na Capital de São Paulo. Os resultados obtidos nos são, aqui, de grande valia.

De todas as recuperações judiciais deferidas, 41,4 % são casos de litisconsórcios ativos de grupos econômicos, representando, então parcela significativa. Destes litisconsórcios ativos, 87% são deferidas para todas as requerentes em conjunto, e não somente para algumas das requerentes. Quando deferido o litisconsórcio, em 76,1% dos casos é apresentado um único plano para todo o grupo econômico, sendo somente 20% desses exigidos pelo juízo. Deve-se levar em consideração que 15,2% ainda estão em negociação.

A partir daí forçoso reconhecer que a possibilidade de recuperação de grupos societários, em litisconsórcio, representando 41,4% dos requerimentos realizados, e deferida em 87% dos requerimentos de litisconsórcio ativo no período estudado, já está pacificada em nossos Tribunais. Nesse sentido, trazemos aqui alguns julgados:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. LITISCONSÓRCIO ATIVO. POSSIBILIDADE. PLANO DE RECUPERAÇÃO. APRESENTAÇÃO E VOTAÇÃO CONJUNTAS. IMPOSSIBILIDADE. A Lei nº 11.101/05, embora silente, não veda a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, especialmente quando as recuperandas integram um mesmo grupo econômico de fato, composto pela mesma formação societária e orientado pelo mesmo controle diretivo. O litisconsórcio ativo, contudo, não autoriza a apresentação unificada do plano de recuperação e tampouco a sua votação conjunta, sob pena de ofensa ao princípio do *pars conditio creditorum*. Recurso conhecido e desprovido. (MINAS GERAIS, 2016).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI Nº 11.101/2005 SÃO OS QUE DEVEM CONSTAR DA EXORDIAL PARA SE BUSCAR A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEVIDA DEMONSTRAÇÃO DA CRISE ECONÔMICOFINANCEIRA DAS EMPRESAS DO GRUPO SIMBAL. CONFIGURAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO. A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ACATAM A FORMAÇÃO DO

¹³³ Pesquisa realizada Nucleo de Estudo e pesquisa sobre insolvência NEPI-PUCSP / ABJ - Observatório da Insolvência – 2017. Disponível em: http://rpubs.com/abj/pucrj_pre

LITISCONSÓRCIO ATIVO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 11.101/2005, QUANDO SE TRATAM DE EMPRESAS QUE INTEGREM UM MESMO GRUPO ECONÔMICO (DE FATO OU DE DIREITO). PEDIDO ALTERNATIVO PARA A ELABORAÇÃO DE UM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA CADA EMPRESA. MATÉRIA QUE SEQUER FOI ANALISADA NA DECISÃO AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE RECURSAL. VEDAÇÃO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO.” (TJPR, 18ª CCv, AI 1415385-0, Rel. Des. Denise Antunes, DJPR 05/05/2016).

Mas, para ser possível o litisconsórcio, rememora Fábio Ulhoa Coelho que o Poder Judiciário tem considerado indispensável a configuração do grupo econômico entre as requerentes.¹³⁴ Assim, a primeira coisa a ser analisada pelo juiz falimentar será, pelos documentos juntados aos autos, a existência de um vínculo real entre as sociedades que as classifiquem como integrantes de um mesmo grupo econômico, seja ele de fato, ou de direito.

Após, havendo essa comprovação, e cada sociedade integrante do grupo encaixando-se nos requisitos do art. 48 da LRE, poderá haver o deferimento do litisconsórcio ativo. No caso de uma delas não se enquadrar nesse requisito, o litisconsórcio ativo será deferido somente perante as demais.

Imperioso também, para os fins do presente trabalho, nos preocuparmos com os critérios utilizados pela jurisprudência para o reconhecimento e deferimento desse litisconsórcio ativo. Analisando mais profundamente alguns julgados encontram-se diferentes fundamentações para esse deferimento. Analisaremos alguns agora.

Os mais inquestionáveis são, por certo, razões de economia processual, bem como a garantia da segurança jurídica, no sentido de evitar que decisões em lides separadas causem decisões conflitantes entre si.

Ademais, como já explorado no ponto 2.3 deste trabalho, a jurisprudência recente tem manifestado entendimento no sentido de responsabilização do grupo societário como um todo. Esse é um dos principais argumentos para os aplicadores

¹³⁴ Pesquisa realizada Nucleo de Estudo e pesquisa sobre insolvência NEPI-PUCSP / ABJ - Observatório da Insolvência – 2017. Disponível em: http://rpubs.com/abj/pucrj_pre

de direito deferirem o litisconsórcio ativo dos grupos econômicos na recuperação judicial.

Outra fundamentação encontra amparo no princípio maior da lei 11.101/2005, também já explorado no ponto 3 deste estudo. Trata-se do princípio da manutenção da empresa. Através desse argumento, se a inclusão das demais sociedades do grupo trará benefícios para os credores e demais envolvidos, auxiliando na manutenção da atividade da empresa, que seria o objetivo mor da recuperação judicial, não haveria motivos plausíveis para justificar o indeferimento do litisconsórcio ativo.¹³⁵

Entretanto, apesar de formar a grande maioria dos julgados, não pode se falar em uma unanimidade jurisprudencial. Nem em todos os casos houve o deferimento do litisconsórcio ativo. Nesses casos, as motivações normalmente versam sobre conflito de competência, ou pela ausência de reconhecimento da existência do grupo econômico.

É importante ressaltar que os benefícios devem ser avaliados de modo individual a cada caso concreto de requerimento em litisconsórcio. Equivocado é tratar todos os litisconsórcios como iguais. O magistrado deve levar em conta os credores, ativos e a peculiaridade de cada grupo societário para análise do deferimento do litisconsórcio.

O litisconsórcio pode ser facultativo ou necessário, sendo este último disposto por lei ou quando a eficácia da sentença depender da citação de todos os litisconsortes (art. 114 CPC¹³⁶). Assim, como a lei 11.101/2005 é omissa sobre a possibilidade de litisconsórcio, no caso, é esse facultativo para os grupos econômicos.

Neste caso, apesar e entender que pode, não é obrigatório a inclusão. “Ou seja, as sociedades do mesmo grupo podem apresentar pedido de recuperação

¹³⁵ Os doutrinadores destacam, a esse respeito, que o litisconsórcio ativo, formado pelas empresas que integram o grupo econômico, não viola a sistemática da Lei nº 11.101/2005 e atende ao princípio basilar da preservação da empresa. A estruturação do plano de recuperação, contudo, há de merecer cuidadosa atenção para que não haja violação de direitos dos credores. Assim sendo, e atento ao parecer favorável do MP, conheço e defiro a formação do litisconsórcio ativo postulado pelas recuperandas. (despacho inicial OI deferimento.)

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

conjuntamente, em litisconsórcio, como uma faculdade, não obrigatoriamente. ”¹³⁷ Do mesmo modo, pode o grupo societário, optar pelo litisconsórcio de apenas uma parcela de suas integrantes.

Para além do deferimento do litisconsórcio ativo, a lacuna legislativa também deve ser preenchida por entendimento jurisprudencial no que diz respeito aos desafios que se enfrentarão ao decorrer do processo. Sobre o tratamento durante a recuperação judicial, a jurisprudência nos traz duas formas: a consolidação processual e substancial.

A recuperação judicial de grupos nem sempre traz maiores dificuldades em relação aos direitos patrimoniais. Primeiramente porque nem sempre ela pretende a utilização de todo o patrimônio das empresas para o pagamento dos credores em geral, sem separação de capital. Às vezes, preocupa-se somente em fazer um plano de recuperação assessorado das demais empresas sob a supervisão de um mesmo administrador judicial. Cada empresa do grupo mantendo, assim, o seu próprio patrimônio, bem como cada uma com um plano recuperacional próprio, bem como seus credores. Chama-se a essa alternativa de consolidação processual, a qual consiste no pedido de recuperação por mais de uma empresa do grupo no mesmo processo, sem necessariamente acarretar a reunião do ativo ou de dívidas das empresas.

Entretanto, com a evolução da crise, surge, baseado no modelo norte-americano, o ajuizamento da recuperação judicial de grandes grupos econômicos, com consolidação de seus ativos. Em outras palavras, unem-se os patrimônios das empresas integrantes do grupo econômico, as quais solicitaram o litisconsórcio ativo e utiliza-se dos ativos de todas para o pagamento de todos os credores. Essa é a chamada consolidação substancial. Desconsidera-se, pois, que cada devedora tem sua autonomia e seu passivo independente e aglutina-se todo seu passivo e ativo. Assim, as sociedades em litisconsórcio ativo, que passam a responder em conjunto perante todos os credores, desconsiderando-se qual passivo ela gerou.

¹³⁷ TOLEDO, Paulo D. C.; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários a lei de recuperação de empresas e falência, Ed. 2. ed. rev. e atual, Ano 2007.

Na consolidação substancial, se um credor concedeu crédito a uma empresa específica de um determinado grupo, a prevalência que tal credor teria sobre a empresa e por seus ativos cai por terra e a destinação dos ativos passa a ser determinada por toda a comunidade de credores do grupo econômico, que fazem parte do processo de recuperação. O problema é que a lei não prevê regras de quando ocorreria essa consolidação substancial, deixando a prol dos magistrados essa decisão.

Em tese, conforme sua origem, a consolidação substancial só deve ser aplicada em situações excepcionais, aonde haja abuso de poder a personalidade jurídica de uma das sociedades, ou verdadeira necessidade de união dos ativos e passivos para facilitar a recuperação do grupo. Entretanto, percebe-se que a maioria das vezes, por desídia dos devedores, administradores judiciais e próprios credores, bem como por falta de conhecimento, ocorre uma transação automática da consolidação processual para a substancial.

Para melhor explicarmos essa diferenciação, usufruiremos de um estudo realizado pelos estudantes de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, em 2015¹³⁸. Durante o período de 01 de setembro de 2013 e 01 de outubro de 2015, o estudo analisou 32 processos de recuperação judicial em litisconsórcio ativo com processamento já deferido, nas varas especializadas de São Paulo.

O estudo demonstra que, apesar de ter sido aceita a consolidação processual nos 32 processos, em sua maioria, de modo tácito, e não expressamente, em somente quatro desses casos o magistrado preocupou-se em expressar diferenciação entre a aceitação da consolidação processual e a possível - mas não necessariamente conseqüente - consolidação substancial.

¹³⁸ A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Pesquisa realizada pelo departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Satiro/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais/links/5853ebb608ae95fd8e1ff414/A-silenciosa-consolidacao-da-consolidacao-substancial-Resultados-de-pesquisa-empirica-sobre-recuperacao-judicial-de-grupos-empresariais.pdf>

Contudo, casos mais recentes e excluídos do corte temporal estabelecido pela pesquisa indicam que essa importante distinção tem se tornado cada vez mais frequente.

Ademais, os dados demonstram que a simples atenção do juiz competente às circunstâncias de fato das requerentes não é suficiente para assegurar a ocorrência ou não de consolidação substancial. Sem a necessária atenção ao tema, durante todo o procedimento e por todos os atores envolvidos, há uma espécie de “inércia” que leva à consolidação substancial.

Em outras palavras, a partir do deferimento da consolidação processual (litisconsórcio ativo), a consideração dos interesses dos credores (e seus conflitos), o tratamento separado dos créditos contra cada devedora, a conciliação dos bens com fluxos de caixa em comparação com suas relações de crédito, a divisão das atividades econômicas, e mesmo a realização de atos processuais (como assembleia geral de credores e tratamento de objeções, por exemplo) demandam muito mais custos, trabalho e atenção do que a simples consolidação substancial.

O que isso quer dizer, é que, na prática, o administrador acaba não apresentando uma lista individualizada de credores de cada empresa, com seus passivos de cada recuperanda, bem como outras atitudes que deve-se ter na recuperação judicial para garantir a autonomia patrimonial de cada empresa. O resultado é uma confusão patrimonial, que não deveria ocorrer na consolidação processual. Isso acarreta a dificuldade de se analisar com atenção o passivo de cada recuperanda, e seus limites de responsabilidade, bem como apurar os votos dos respectivos credores na Assembleia Geral dos Credores.

O estudo demonstrou ainda, que, em todos os casos, os planos foram votados sem se levar em conta o fato de que os credores não tinham créditos pelo grupo econômico geral, mas sim somente com algumas sociedades independentes patrimonialmente. Assim, acaba acontecendo que uma recuperanda aceita, mesmo sem se dar conta, responsabilizar-se por dívidas de outra recuperanda. Ademais, tratar individualmente de cada uma acaba por aumentar os custos de transação, como demonstra a prática, contribuindo também para a consolidação substancial automática.

É importante diferenciar a consolidação substancial da desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto esta é aplicada em casos de abuso de poder previstos pela lei Civil, e momentaneamente, a fim de satisfazer um credor terceiro específico, a consolidação substancial é aplicada somente na recuperação judicial, e em casos de disfunção societária na condução dos negócios. Ela não visa a satisfação de um crédito específico, mas sim a viabilidade de recuperação da empresa. Como veremos no próximo ponto, essa pode ser aceita ou negada pelos credores, no sentido de proposta das devedoras.

5. EXTENSÃO DE EFEITOS E POSSIBILIDADES JURÍDICAS: INTERESSE JURÍDICO

5.1. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA OS CREDORES

É bem verdade que a recuperação judicial de empresas é uma conquista do direito brasileiro, ao propiciar ao devedor – empresário ou sociedade empresária- que demonstre a sua viabilidade econômica, a manutenção da fonte produtora e a continuação da atividade econômica. Ao prever este Instituto, outra grande vitória da lei 11.101/2005 foi o papel que atribuiu aos credores.

A LRE situa os credores em posição preponderante nos procedimentos de recuperações judiciais, ocupando, agora, esses, uma posição ativa no processo. Isso foi possível através da adoção, pela lei, de um sistema dualista de administração: em um lado encontra-se a figura do administrador judicial, e em outro, deu-se aos credores a função de fiscalizar e controlar o processo de recuperação judicial através da assembleia dos credores e comitê de credores. Importante lembrar que a assembleia dos credores não é novidade da LRE, já havendo sua previsão na lei 7.661/45. Porém, enquanto neste seu papel era somente deliberar sobre forma alternativa de ativo, enquanto que na nova lei sua função foi consideravelmente ampliada.

E por qual motivo a lei atribuiu aos credores um papel mais ativo na recuperação judicial? A participação ativa dos credores é de grande valia para a fiscalização processual. Ademais, rememora-se que a recuperação judicial trata-se de um instrumento de cooperação entre devedores e credores, o qual deve ser utilizado como meio para a aprovação de um plano de recuperação que satisfaça aos credores, e também à manutenção da empresa recuperanda. Desse modo, devem os credores decidirem se estão dispostos a correr os riscos inerentes ao processo de recuperação judicial, devendo dar anuência ao plano de recuperação. São eles, portanto, os maiores interessados no processo de recuperação judicial, merecendo, assim, o reconhecimento devido.

Outro reflexo do papel fundamental concedido aos credores na recuperação judicial, é a nova abrangência dos créditos sujeitos à recuperação judicial. Enquanto no Instituto da Concordata, regido pela lei 7.661/45, somente os créditos quirografários eram abrangidos, a LRE estabelece que se sujeitam ao benefício da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, ressalvados as exceções do art. 2º.¹³⁹

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.¹⁴⁰

Assim, refletindo o respeito ao princípio da isonomia, a LRE permite que praticamente todos os credores habilitem seu crédito no processo de recuperação judicial. Se por um lado é interessante para o devedor a maior abrangência possível da recuperação judicial em relação ao seu passivo, para o credor a sujeição de seus

¹³⁹ Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I - empresa pública e sociedade de economia mista; II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm >

créditos ao plano se mostraria, em um primeiro momento, a melhor solução. Pode, assim, o empresário realmente contar com um instituto que lhe proporcione maiores probabilidades de recuperação.

É com o despacho inicial, (remetendo o leitor ao ponto 4.1 deste trabalho), que será relacionada a lista de credores, com cada crédito discriminado (art. 52, §1 LRE¹⁴¹). Depois de solicitado o benefício e deferido seu processamento, a habilitação dos credores será feita pelo administrador judicial com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores.

Os credores reais, agora antecedem os credores fiscais, considerando a lei terem papel essencial as instituições financeiras que garantem liquidez á empresa. Os créditos constituídos posteriormente não serão abrangidos, de modo a gerar uma estabilidade durante o procedimento de recuperação judicial, não havendo alterações substanciais no ativo e passivo da recuperanda.

A Assembleia Geral dos credores pode ser dispensada se não houverem objeções ao plano de recuperação. Entretanto, se houver alguma objeção, sua instalação deixa de ser facultativa, e torna-se obrigatória. Aqui se expressa o poder de participação concedido pela lei 11.101/05 aos credores. Eles terão o poder de modificar, aprovar e até rejeitar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Tudo conforme seus interesses pessoais.

Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

- I - na recuperação judicial:
 - a) Aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.
 - b) A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição
 - c) (VETADO)
 - d) O pedido de desistência do devedor, nos termos do §4 do art. 52 desta Lei.
 - e) O nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor.

¹⁴¹ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: I - o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II - a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III - a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

- f) Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.
- II - na falência:
 - a) (VETADO)
 - b) A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição.
 - c) A adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei.
 - d) Qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores. ¹⁴²

Nos termos do art. 41 da LRE¹⁴³, os credores, quando da deliberação em assembleia geral, serão divididos em três classes, a saber: I – credores com créditos trabalhistas ou com créditos decorrentes de acidentes de trabalho; II – credores com garantia real; e III credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. De fato, a assembleia geral de credores representa uma comunhão de interesses por si só. Mas não é o suficiente para a construção de uma identidade entre os credores. Por isso a importância da divisão de classes.

A prática também ensina, que os credores que logram obter garantias complementares aos seus créditos são, em geral, as instituições financeiras; raramente, os fornecedores, sobretudo se economicamente fracos. São estes, no entanto, que formam a legião dos quirografários desamparados nas falências e concordatas e mesmo na nova lei de recuperação e falências, e são eles que deveriam – em boa justiça – merecer a tutela do legislador.¹⁴⁴

Por sua vez o comitê de credores também não é de criação obrigatória. Constituído, terá um representante de cada classe de credores, com dois suplentes cada. Os objetivos principais do comitê de credores são a fiscalização do administrador judicial, e do processo de recuperação, dando atenção aos interesses dos credores e averiguação das reclamações, e requerimento de convocação da assembleia de credores.

¹⁴² BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

¹⁴³ Art. 41. A assembleia geral será composta pelas seguintes classes de credores: I - titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II - titulares de créditos com garantia real; III - titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. 6 Ed. Ver. Atual. RJ. Editora Forense, 2014. Ponto 146.

É facultativa a instalação do Comitê. Ele não existe e não deve existir em toda a qualquer falência ou recuperação judicial. Deve, ao contrário, ser instaurado pelos credores apenas quando a complexidade e o volume da massa falida ou da empresa em crise o recomendar.¹⁴⁵

Para aprovação do plano deve ele ser aprovado nas 3 classes, por credores que representam mais da metade do valor total dos créditos presentes a assembleia, bem como pela maioria simples dos presentes, nas duas últimas classes. E na classe trabalhista, a aprovação é pela maioria simples, sem valor mínimo de seu crédito. Importante ressaltar que o voto é por cabeça, segundo art. 38 da LRE¹⁴⁶.

Mesmo que haja a rejeição do plano pelos credores, poderá o Juiz conceder a recuperação judicial ao devedor, se tiver havido, na mesma Assembleia, de forma cumulativa: aprovação de mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; aprovação de 2 (duas) das classes de credores no termos do art. 45 da LRE ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; aprovação, na classe que houver rejeitado o plano, de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da LRE. Fica ressalvado, apenas, que a concessão da recuperação com base no art. 58, §1º da LRE não poderá implicar tratamento diferenciado em relação aos credores da classe que houver rejeitado o plano na forma do art. 45 da mesma lei.

Com tudo isso, percebe-se o poder decisório que os credores adquiriram pela lei 11.101/2005. São eles que decidem o futuro da empresa em crise, através da aprovação ou não do plano de recuperação. De fato, há muita crítica nesse papel decisivo que a lei concedeu aos credores. A principal diz respeito ao princípio da preservação da empresa e seu reflexo na votação do plano pelas classes de credores.

Ocorre que, o maior problema do sistema de votação atribuído pela lei 11.101/2005 é que ele trata as diferentes classes de credores com homogenia. Ou

¹⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 01. 16. ed. — São. Paulo : Saraiva, 2012. P. 71.

¹⁴⁶ Art. 38. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2º do art. 45 desta Lei. Parágrafo único. Na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia.

seja, ele pressupõe que todos os credores possuem o mesmo interesse em aprovar ou não aprovar o plano, a fim de retirar a empresa da situação de crise. Entretanto, em determinadas situações, o que interesse a eles é a garantia de ganho de seus créditos do modo mais fácil, não importado a situação em que ficará a empresa.

As classes possuem interesses diversos entre si. Por exemplo: enquanto credores trabalhistas querem garantir seus postos de trabalho, votando pela recuperação da empresa ou grupo econômico, os credores com garantia real podem optar por rejeição do plano a fim de receberem mais rapidamente parte do que é devido.

Deste modo,

Os interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante.¹⁴⁷

Não é difícil perceber que, sendo a recuperação judicial um meio de conciliar os interesses do devedor e credor, visando um acordo em comum, deverá o credor necessariamente aceitar uma perda, mesmo que pequena, em seu direito creditório. Seja autorizando o parcelamento, ou diminuindo os juros a serem aplicados, ou inúmeras formas possíveis de se chegar a um acordo, é o credor o maior atingido pela recuperação judicial.

Ademais, a concessão da recuperação judicial em conformidade com o estabelecido no plano de recuperação judicial tem como principal efeito para os credores a novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo de suas garantias nos termos do art. 59 da LRE¹⁴⁸. Isso então só é condicionado se houver o sucesso da recuperação judicial

¹⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005. Pág. 48

¹⁴⁸ Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei. § 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do **caput** da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 -

com aprovação do plano. Assim, não se pode negar que os efeitos da decisão que defere o seu processamento atingirão os credores e demais terceiros com os quais o devedor mantém relações obrigacionais.

5.2 CONSEQUÊNCIAS PARA OS CREDORES DA INCLUSÃO DO GRUPO ECONÔMICO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Pacificada a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, analisamos no ponto 4.2.1 as fundamentações para o deferimento do litisconsórcio ativo, sendo ele muitas vezes benéfico à manutenção da empresa, significando um maior ativo disponível para a recuperação do devedor. Entretanto, essa decisão pode acarretar sérias e graves consequências e repercussões aos direitos dos credores. Nos ateremos, neste ponto, então, a analisar os efeitos que esses deferimentos de litisconsórcio provocam para os credores.

Os credores também têm sua posição jurídica substancialmente afetada pelo fenômeno dos grupos. A garantia do credor, consistente no patrimônio da sociedade devedora, perde toda a substância diante da realidade grupal, pois as transferências de recursos intragrupo e a orientação em favor de um interesse externo a cada unidade societária distorcem a estrutura patrimonial desta. Há portanto, um total desequilíbrio entre o poder empresarial e os riscos do negócio.¹⁴⁹

A opção legal de nada mencionar a respeito da recuperação judicial de grupos econômicos, traz algumas consequências imediatas. A primeira é tratar as relações de crédito e débito como relações entre credores e devedores, estes último sendo vistos como uma unidade no grupo econômico, e não várias sociedades jurídica e patrimonialmente independentes. A segunda é que, tratando-se de grupos econômicos, a crise de uma empresa acarretará, via efeito dominó, a crise nas demais empresas relacionadas em grupos econômicos com esta.

Código de Processo Civil. § 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

¹⁴⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. P. 141.

O maior problema decorrente dessa inclusão do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial em relação aos direitos dos credores é a confusão patrimonial inerentes aos grupos societários. Isso deve ser considerado, aqui, nos casos de recuperação judicial com consolidação substancial, ou que nela acabam por desembocar. Enquanto que por um lado, aos credores da sociedade com patrimônio ativo negativo o requerimento do litisconsórcio poderá trazer benefícios, eis que evidentemente, o patrimônio da *holding* do grupo, detendo todas as participações, representa garantia muito mais significativa do pagamento das dívidas do que o patrimônio das sociedades controladas¹⁵⁰, por outro lado aos credores das sociedades com patrimônio ativo positivo essa confusão resultará em muitos prejuízos.

É aos credores das sociedades com patrimônio positivo transferido os riscos da inclusão, na medida em que o patrimônio autônomo que deveria caracterizar cada uma dessas unidades societárias é desvirtuado entre elas, não servindo mais como uma garantia de cumprimento das obrigações assumidas.¹⁵¹

Dessarte, há também que se analisar a questão do plano de recuperação judicial. Nos casos do grupo econômico, cada empresa relacionada faria seu próprio plano recuperacional, ou seria um único plano abrangendo todas?

Parte da doutrina entende que a elaboração de um plano único para todas as empresas litisconsortes tumultuaria a recuperação judicial, bem como sua votação. Isso porque como consequência desse plano único, tem-se a união de cada classe de credores de todas as empresas integrantes. Desse modo, unem-se todos os credores trabalhistas, mesmo que de empresas diferentes, em uma classe de trabalhista única. O mesmo ocorre com as classes quirografárias e reais.

O grande problema dessa técnica é que como regra, conforme art. 38 e 42 da LRE¹⁵², o voto acerca do plano é proporcional aos créditos desse credor referente

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. 6 Ed. Ver. Atual. RJ. Editora Forense, 2014. Cap. III, nota 86.

¹⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 141.

¹⁵² Art. 38. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, o disposto no § 2º do art. 45 desta Lei. Parágrafo único. Na recuperação judicial, para fins exclusivos de votação em assembléia-geral, o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembléia. Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que

àquele devedor em concreto. Entretanto, quando há a confecção de um plano único, com a consolidação substancial, não há como exercer esse peso diferente de voto, pela proporcionalidade de crédito, porque não se sabe exatamente qual sociedade deu origem a cada crédito, nem o montante de cada crédito. Isso resulta na diluição de votos, a qual, talvez seja o maior problema da inclusão de um grupo econômico, em relação aos efeitos que trará para os credores.

Explicarei melhor:

Uma holding mista e sua controlada requerem litisconsórcio ativo em recuperação judicial. A holding mista possui poucos credores, e um patrimônio líquido alto. Por sua vez, a controlada possui muitos credores, e patrimônio líquido negativo. É fácil visualizar que os credores da controlada teriam interesse na recuperação judicial em litisconsórcio com a holding, pois assim o patrimônio a fim de pagarem seus créditos aumentaria. Por outro lado, não teriam os credores da holding mista interesse na recuperação judicial em litisconsórcio ativo com a controlada. Isso porque o quinhão de cada credor valeria menos, e haveria a confusão patrimonial, havendo disposição dos bens da holding em favor dos credores da controlada.

Assim, os credores de uma das sociedades que seja proprietária de ativos mais valiosos ou que tenha melhor capacidade de geração de caixa são colocados em igualdade de condições com credores que deram créditos a outras sociedades em pior condição financeira. E por consequência, credores cujo voto possa prevalecer na assembleia, tem o seu voto diluído dentre os demais credores do grupo econômico de fato.

Por isso o Professor Toledo entende que o plano de recuperação deveria ser único, sendo o mesmo para todas as empresas do grupo econômico que requereram a recuperação judicial, entretanto, também pelo motivo exposto acima, deveriam as votações dos credores de cada empresa ocorrerem separadamente, a fim de evitar a diluição de votos. Cada credor vota apenas para sua empresa devedora.¹⁵³

representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea a do inciso I do **caput** do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

¹⁵³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Saller. Recuperação Judicial de Grupos de Empresas in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de

Outra grande consequência que deve ser analisada antes da inclusão do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial é a possibilidade de vir a ocasionar um aumento de custos de transação. Isso ocorreria porque devido à quantidade de empresas devedoras, é difícil viabilizar a negociação de cada credor de modo correto. Como consequência, poderá haver um maior custo de transação, ao não saber ao certo os valores, condições e modos certos de negociação. Inclui-se nesses custos, toda a burocracia, na medida em que cada sociedade deverá se enquadrar nos termos da lei, juntando os documentos requeridos, como no caso da necessidade de comprovação dos requisitos para deferimento da recuperação judicial, do art. 48 da LRE. E toda essa burocracia reverte-se em custos de transação.

Mais prejudiciais do que as consequências aos credores nos grupos de direito, poderá ocorrer com os credores das sociedades integrantes de um grupo de fato. Isso ocorre porque não existe convenção determinando a subordinação às sociedades mães. Por este motivo, também é de se concluir que não existe uma proteção aos credores dos grupos de fato, mas somente aos credores em cada sociedade. O que ocorre então, é que há de fato a subordinação, sem proteção legal alguma.

Isso porque a unidade existente no grupo empresarial pode dar margem a prejuízos irreparáveis para os credores das sociedades controladas nos grupos. Embora a LSA determine que eventuais prejuízos causados às sociedades controladas sejam compensados, na prática é difícil essa compensação realmente acontecer, ser apurada e ser exigida. O resultado é uma diminuição patrimonial na sociedade controlada, que prejudica diretamente credor, vista ser o patrimônio da controlada a garantia de seu crédito.

Outra importância é a competência local para processamento de uma recuperação judicial de um grupo econômico. Como também não há previsão sobre isso na LRE, subsidiariamente aplica-se o disposto sobre competência para sociedades isoladas com várias sedes. Nos termos do art. 3º ¹⁵⁴ da LRE, a regra é que

Direito Empresarial e outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, SP: Malehiros ditores. 2014. P. 350-351.

¹⁵⁴ Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

o juízo do local do principal estabelecimento do devedor é o competente para o processamento da recuperação judicial.

A jurisprudência aplica analogamente esse artigo para as empresas plurissocietárias, entendendo ser o principal estabelecimento o local de onde se emanam as principais decisões. Isso nos é relevante nesse ponto, pois a inclusão do grupo econômico, determinando automaticamente a competência local para o ajuizamento, acaba por afetar os credores que não possuem a facilidade de locomoção para a participação das Assembleias de Credores, afetando diretamente seus direitos.

Ademais, há que se falar também nos credores extraconcursais, aqueles que não concorrem no processo de recuperação judicial. Os impactos da inclusão do grupo econômico são tão significativos que acabam por atingir também os direitos creditórios destes. Se em uma recuperação judicial, lembrando-se que nos referimos aqui aos casos em que há consolidação substancial, uma empresa responderá não somente perante os seus credores, mas também perante as dívidas do grupo societário como um todo, ocorrerá conseqüentemente uma diminuição na capacidade financeira dessa empresa.

Ou seja, seus ativos, os quais deveriam ser usados para pagamento dos credores que não participam da recuperação judicial, serão afetados, limitando a sua possibilidade de satisfação dos créditos extraconcursais.

Também importante lembrar que essa inclusão das demais empresas resultará em suspensão da exigibilidade em ações e execuções em que são parte passiva todas as empresas em litisconsórcio ativo na recuperação judicial, mesmo aquelas que estão em condições de pronto pagamento àquelas dívidas que estavam sendo executadas. Assim, os credores que contrataram exclusivamente com essas sociedades incluídas no litisconsórcio, terão que aguardar o prazo de suspensão ser finalizado a fim de, após a diminuição do patrimônio de sua sociedade, exigir seus direitos creditícios perante o montante restante.

São estas as principais, dentre tantas, conseqüências da inclusão do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial, sendo, sem dúvidas, o credor o maior afetado.

5.3 A POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DO CREDOR PARA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS DEMAIS EMPRESAS DO GRUPO ECONÔMICO

Mais uma vez, nosso legislativo foi omissivo sobre o tema quando da elaboração da Lei 11.105/2005, não regulando nem o pedido de recuperação judicial pelo grupo econômico em si, bem como aquele formulado em conjunto por diversas partes interessadas. O que essa lei regula, é a legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, a qual, conforme já trabalhado aqui, é somente do empresário e da sociedade empresária devedora.

Entretanto, não adaptando-se essa lei à nova realidade societária, qual seja o grupo societário, muitas questões controversas não possuem solução legislativa. Entre várias dessas, está o tema aqui trabalhado. Assim, em decorrência da ausência de previsão legal que estabeleça a existência de solidariedade entre as sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, seja de direito ou de fato, a extensão da responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contraídas por apenas uma das sociedades integrantes do grupo às demais dependerá, todavia, da análise do caso concreto pelo Poder Judiciário.

Este trabalho foi então delegado à jurisprudência, a qual tem concluído, conforme já demonstrado, pelo deferimento do litisconsórcio ativo dos grupos econômicos, como de fato tem ocorrido na atualidade, em parcela significativa dos pedidos.

Isso traz inúmeros benefícios aos grupos societários, às empresas devedoras, e também aos credores. Entretanto, a recíproca também é verdadeira, conforme demonstrado no ponto anterior. A decisão de não inclusão desse grupo econômico, também poderá trazer muitos prejuízos aos credores.

Demonstramos, no ponto 5.1 que são os credores os maiores interessados no processo de recuperação judicial, possuindo, pela LRE, uma verdadeira participação ativa na votação do plano de recuperação judicial. Isso já é trazido no art. 47 da LRE:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos **interesses dos credores**, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.¹⁵⁵

Também demonstramos no ponto 5.2. que serão eles os mais afetados pelo deferimento ou não do litisconsórcio ativo do grupo econômico do processo de recuperação judicial.

Isso acaba por desencadear uma grande contradição no processo de recuperação judicial, qual seja: se são os credores os maiores interessados, e considerando todas as consequências da decisão de inclusão ou não das demais empresas dos grupos societários, não deveriam eles ter o poder de decidir sobre isso? Assim, até que ponto deve prevalecer o princípio da preservação da empresa, em prol dos interesses dos credores?

São 3 questões aqui relevantes, as quais tentaremos responder.

A primeira questão seria saber se, em caso de requerimento de recuperação judicial em litisconsórcio ativo pelo grupo econômico, existiria a possibilidade do credor impugnar essa inclusão, por não lhe ser benéfica.

A segunda seria sobre a possibilidade do credor, em sede de votação no plano de recuperação judicial, requerer a extensão dos efeitos da recuperação judicial para os demais integrantes do grupo econômico.

E a terceira seria sobre a possibilidade do credor, em sede preliminar, requerer a inclusão das demais integrantes do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial.

Quanto à primeira questão, relativamente ao despacho que defere o pedido do processamento da recuperação judicial, o qual, conseqüentemente é o mesmo

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

que deferirá o litisconsórcio ativo, previsto no artigo 52 da LRE, manteve-se a omissão legislativa quanto à possibilidade de recorrer e qual o recurso adequado. Pela leitura do ponto 4.1, percebe-se que ainda hoje não há uma conclusão sobre a possibilidade de recurso à essa decisão inicial. Enquanto parte da doutrina e jurisprudência defende a sua natureza de decisão interlocutória, devido aos efeitos que ocasiona, consequentemente sendo permitido, por esse entendimento, o recurso via agravo de instrumento, outra parte entende que a súmula 264 do STJ aplica-se analogamente ao despacho inicial na recuperação judicial, caso em que não há a possibilidade de recurso.

Assim, ao nosso ver, a súmula 264 do STJ a qual afirma que é irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva, não é aplicável aos “despachos” iniciais da recuperação judicial. Isso porque os seus efeitos são muito mais amplos e importantes do que aqueles previstos no despacho inicial da concordata. Apesar de nossa opinião, não há uma corrente consolidada ainda hoje para essa questão. Enquanto isso, os credores são os maiores afetados pelo deferimento do processamento, e, nos termos da lei, devem assistir de braços cruzados. O problema é que até os credores entenderem a forma que está sendo processada a recuperação judicial, e quais são os seus elementos para realizar um plano de recuperação favorável, a eficácia já será reduzida do processo, sendo irreversível os danos.

Quanto à segunda questão, sobre a possibilidade do credor, em sede de votação no plano de recuperação judicial, requerer a extensão dos efeitos da recuperação judicial para os demais integrantes do grupo econômico, já é consolidado pela jurisprudência, conforme estudo realizado e aqui trazido no item 4.2.1, que o credor, possuindo o direito de rejeitar, alterar e aprovar o plano de recuperação judicial pode, na Assembleia Geral de Credores, requerer a consolidação substancial do grupo econômico já legitimamente ativo no processo, se assim concordarem ambas as partes, por votação. Isso é o juiz que determinará.

Isso quer dizer, ele tem o poder de se manifestar acerca da unificação de ativos dos grupos econômicos em sede de recuperação judicial. Entretanto, mesmo possuindo esse poder de determinação da consolidação substancial através de

votação, isso só ocorrerá após deferimento ou não do litisconsórcio ativo pedido pela devedora na inicial, sem que os credores tenham a chance de votar pelo litisconsórcio.

Dado que a LRE optou por atribuir aos credores a decisão acerca da viabilidade da empresa, ao conceder a eles o poder de determinar a aprovação ou desaprovação do plano, correto também a eles permitir que, face a uma realidade grupal, aceitem a proposta das devedoras de que o plano envolva os ativos e os passivos de todas elas como se de apenas uma se tratasse.

Nesse sentido,

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Deferimento do processamento em relação às outras empresas componentes do mesmo grupo econômico. É aos credores que incumbe aprovar ou não o plano, como proposto ou com alterações, com exclusão ou inclusão da sociedade componente do mesmo grupo econômico que esteja em dia com suas obrigações financeiras, pois se o grupo econômico tem uma unidade de administração e constitui-se numa pequena "federação" de empresas, as quais se associam em torno da empresa coletiva assim formada, sua recuperação judicial pode estar subordinada à consideração unitária de suas componentes. Agravo desprovido." ¹⁵⁶

Ademais, a LRE não se preocupou em taxar exaustivamente o que pode ou não ser discutido e incluído no plano de recuperação judicial, bem como os meios dessa recuperação judicial, como o fez a concordata preventiva, por meio do decreto-lei 7.661/45. De fato, a LRE também trouxe, em seu art. 50, meios de recuperação judicial. Entretanto, esses são meramente exemplificativos.

Assim, o plano, sendo uma forma de colaboração entre devedor e credor, está apto a receber as mais diversas cláusulas se essas forem lícitas e contribuírem para a viabilização da recuperação judicial da devedora. Nessa perspectiva, ao nosso ver, teria o credor plena liberdade para modificar, e requerer a inclusão das demais empresas do grupo econômico no polo passivo do pagamento em sede de votação do plano de recuperação judicial, resultando, assim, numa espécie de extensão dos efeitos da recuperação judicial para as demais. Nada mais seria que um acordo entre credores e devedores.

¹⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 595.741-4/1-00, Rel. José Roberto Lino Machado, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 1º.04.2009.

Entretanto, ainda essa não seria uma solução suficiente para a proteção dos direitos dos credores frente à inclusão dos grupos econômicos.

A terceira questão, ao nossos ver, seria a mais relevante. Poderia o credor, em sede preliminar, requerer a inclusão das demais integrantes do grupo econômico no polo ativo da recuperação judicial, de fato? De fato, a decisão sobre o requerimento de recuperação judicial, diga-se a legitimidade ativa da recuperação judicial, é exclusiva do devedor, e isto está expressamente previsto na lei (art. 48 e 1º da LRE).

Entretanto, conforme demonstrou esse trabalho, é consolidada a jurisprudência que estende essa legitimidade ativa, possibilitando que o requerimento da recuperação judicial seja realizado em conjunto pelas demais empresas do grupo econômico, desde que feita pelo instituto do litisconsórcio ativo. Assim, seriam legitimados para o requerimento da recuperação judicial o devedor, seja esse empresário ou sociedade empresária, e também o grupo econômico, a ser isso decidido no caso concreto pelo magistrado. Pela base legislativa e jurisprudencial, então não é concedido ao credor nenhum papel na inclusão desses litisconsortes em sede preliminar.

A lei, assim, ao mesmo tempo que concede um papel relevante aos credores, acaba por deixá-los de mãos atadas diante de uma das decisões mais importantes no curso do processo. Diante disso, seria interessante que houvesse uma maior participação do credor na decisão sobre essa inclusão do grupo econômico como um todo na recuperação judicial, eis que isto irá afetar exponencialmente seus direitos creditórios, conforme já demonstrado no item anterior deste trabalho.

A fim de garantir-se uma cooperação entre devedores e credores, visando a superação da crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção de sua função social, bem como o interesse dos credores, como objetiva a LRE ao Instituir a recuperação judicial, é, então, necessária a imposição de um sistema que melhor assegure todos os direitos dos credores a perseguir seus créditos, devendo isso ocorrer de forma mais benéfica para todos os envolvidos.

Para que isso seja concretizado, entendemos, portanto, utilizando-nos da doutrina de Eduardo Secchi Munhoz, que é necessária a atualização da base estrutural legislativa de nosso direito societário¹⁵⁷.

Se a formação de grupos de sociedades, levando ao crescimento econômico do país, pode ser considerada um objetivo legítimo, a falta de uma disciplina adequada de proteção aos credores e minoritários, bem como aos demais participantes da atividade empresarial, não é um meio adequado de alcançá-lo¹⁵⁸.

Ou seja, o direito dos grupos societários nasceu e se desenvolveu em nosso ordenamento de modo desajeitado. Prevendo a sua existência, mas não regulando adequadamente questões sobre sua responsabilização, por sua vez a lei 6.404/76 abriu uma gama de entendimentos e jurisprudências diversas que até hoje não foram consolidadas. Ademais, a lei 11.101/05 ao prever um instituto de recuperação judicial, fortalecendo a importância do papel do credor nesse processo, ao mesmo tempo não lhe forneceu meios adequados para a proteção de seus créditos, e, conseqüentemente, para a manutenção da sociedade em crise.

Assim, percebe-se que a problemática acerca dos grupos econômicos está demasiadamente apoiada na jurisprudência, que, por sua vez, tem decidido questões sem ela própria entender o suficiente sobre o assunto. E sem uma regulação adequada, outras controvérsias advindas de outras lacunas, prejudicarão ainda mais a segurança jurídica.

Deste modo, apesar de entendermos que essa exclusão de poder do credor decidir sobre o litisconsórcio ativo, em sede preliminar, é controversa, e muito prejudicial, não acreditamos que a atual estrutura jurisprudencial e doutrinária sobre a qual a problemática dos grupos econômicos se apoia comporta esse tipo de interpretação. A solução mais segura seria a modificação da atual legislação concursal de modo que ficasse expressamente assentado as inúmeras questões pertinentes à problemática dos grupos econômicos.

¹⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e o Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 290.

6. CONCLUSÃO

Após ter sido analisado a evolução e conceituação dos grupos econômicos, bem como a abordagem que o direito pátrio dá à ele, passamos à análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Primeiramente, percebe-se que há divergências já no conceito de grupos econômicos, e seus elementos constituintes essenciais. Aí está a primeira dificuldade ao lidar com esse tema.

Após, aspecto muito sensível dessa temática diz respeito à responsabilização de suas integrantes perante suas obrigações, eis que o grupo não constitui uma personalidade jurídica em si. A fim de resolver essa lacuna legislativa, a jurisprudência tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica para que se incluam no polo passivo da dívida as demais empresas integrantes do grupo. Entretanto, não há uma base consolidada para a aplicação dessa desconsideração.

Na medida em que alguns magistrados aceitam a desconsideração pela simples caracterização do grupo econômico, eis que assim haveria automaticamente a confusão patrimonial e desvio de finalidade inerente à todos os grupos seria possibilitado, pelo art. 50 do CC, a desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, parte considerável da doutrina entende que essa desconsideração não deve ocorrer se não houver uma comprovação inequívoca de abuso de poder para além da simples confusão patrimonial e desvio inerentes ao grupo. Assim, pode-se dizer que a jurisprudência, apesar de entender haver uma responsabilização solidária entre as integrantes, não está consolidada no que diz respeito ao remédio aplicável.

A lei falimentar 11.101/2005, também nada previu sobre os grupos societários, mesmo tendo sido elaborada após a consagração daqueles. Resulta-se assim, em novas controvérsias jurídicas a serem resolvidas pela jurisprudência. A principal para nosso trabalho é a possibilidade de requerimento da recuperação judicial pelo grupo como um conjunto. Em resposta, analisada através da utilização de uma pesquisa jurisprudencial realizada pela PUCSP, é possível concluir que hoje há a consolidação de entendimento positivo nesse sentido.

Assim, é possível o requerimento de recuperação judicial pelo grupo econômico, em forma de litisconsórcio ativo, por aplicação análoga do Código de Processo Civil.

No capítulo 5, o presente trabalho preocupou-se em analisar os efeitos desse litisconsórcio ativo para os credores dessas sociedades. De fato, é óbvio que a soma de ativos das integrantes contribui para a garantia de pagamento do débito da sociedade em crise. Assim, para esses credores a inclusão será benéfica. Entretanto, por outros muitos motivos demonstrados no ponto 5.2. Deste trabalho, há muitas possibilidades de malefícios advindos para os credores com essa inclusão. Assim, deve-se individualmente analisar o caso a fim de estudar a melhor possibilidade para os credores.

Também demonstramos a importância que o credor ganha no processo de recuperação judicial, com o advento da lei 11.101/05. Com papel preponderante, é de se imaginar que ele pode opinar sobre a questão do litisconsórcio ativo. Entretanto, contraditoriamente, a lei não lhe dá nenhum apoio jurídico. Assim, não tem voz ativa o credor nessa questão.

A proposta do último ponto do trabalho foi justamente demonstrar que essa contradição interna acaba por prejudicar somente os credores. Verifica-se que a única possibilidade que parece não ter controvérsias, é requerer, por meio de seu poder de modificação do plano de recuperação apresentado, a alteração para a inclusão das demais integrantes no polo ativo. Isso porque, tratando-se o plano de um instrumento de cooperação entre devedores e credores, a fim de se chegar a um acordo, há a flexibilização de modos a se fazer isso. A lei não traz um rol taxativo de possibilidades de recuperação judicial, mas meramente exemplificativo, justamente porque devem se achar os meios mais adequados para cada caso.

Ademais, não é esse suficiente para a tutela dos credores. Entretanto, dado a estrutura organizacional societária do nosso ordenamento, é necessário muito mais que uma consolidação de mais uma entre os vários entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto. É necessária uma modificação da base estrutural do nosso ordenamento, a fim de se incluírem, com a necessária atenção, a problemática acerca dos grupos societários.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO NETO, N. B. de. Os grupos econômicos: aspectos fáticos e legais do moderno fenômeno empresarial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2795, 25 fev. 2011 .

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 3. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume: tomo II : arts. 243 a 300 : Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941. 2013 5ª Edição..* Saraiva, 05/2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de Recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 176.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, v. 01. 16. ed. — São. Paulo : Saraiva, 2012. P. 317.

COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima. 6 Ed. Ver. Atual. RJ. Editora Forense, 2014.

EIZIRIK, Nelson. Lei das S/A Comentada, Quartier Latin, vol III

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei n. 11.101/2005. Cabe recursos? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 146, p.110-121, abr./jun. 2007

GONLÇAVES NETO, Alfredo de Assis. Manual das companhias ou sociedades anônimas, Rev. Dos tribunais. Ed. 2. ed, Ano 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário II: Sociedade anônima**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. 1ª ed. P.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros

LOBO, Jorge. Grupo de sociedades, Rio de Janeiro:Editora Forense, 1978, n. 45.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2015

MARTINS, Fran. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 436 e s.

MENEZES, Maurício Moreira. O Poder de controle nas companhias em recuperação judicial. Ed. Forense. 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e o Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NUNES, Antônio José Avelãs. Uma introdução à economia política. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Manual dos Grupos de Sociedades. Almedina, 2016.

PAULO D.C. SALLES DE TOLEDO E CARLOS HENRIQUE ABRÃO. Comentários a lei de recuperação de empresas e falência, Ed. 2. ed. rev. e atual, Ano 2007.

PRADO, V. M. Grupo Societário: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2

REQUIÃO. Rubbens Edmundo. Curso de direito comercial. 2º v. 2007. 25 ed. Ver. E atual. Por Rubbens Edmundo Requião. Saraiva.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 3º ed. Ver. E atual. PC Editorial Ltda.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Saller. Recuperação Judicial de Grupos de Empresas in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coords.), Temas de Direito Empresarial e outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, SP: Malheiros editores. 2014.

ARTIGOS

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa. In: Revista Direito GV, São Paulo, n.2, v. 1. jan./dez. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PESQUISAS

Pesquisa realizada pelo Nucleo de Estudo e pesquisa sobre insolvência NEPI-PUCSP / ABJ - Observatório da Insolvência – 2017. Disponível em: http://rpubs.com/abj/pucrj_pre

A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Pesquisa realizada pelo departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Satiro/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais/links/5853ebb608ae95fd8e1ff414/A-silenciosa-consolidacao-da-consolidacao-substancial-Resultados-de-pesquisa-empirica-sobre-recuperacao-judicial-de-grupos-empresariais.pdf >

LOPES, Jorge Luiz. O Novo ordenamento jurídico concursal no direito de empresas. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9164-9163-1-PB.pdf>>

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei nº 6404, de 24 de junho de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 227, 22 nov. 2013. Seção 1, p. 1.<Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm.